

BOLETÍN INFORMATIVO

100 AÑOS

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
CARTAGENA - BOLÍVAR / 2014



*Contribuyendo al Fortalecimiento
del Estado de Derecho*

MAGISTRADO
Dr. JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO (PRESIDENTE)

MAGISTRADO
Dr. LUIS VILLALOBOS ALVAREZ (VICEPRESIDENTE)

MAGISTRADA
Dra. HIRINA MEZA RHENALS

MAGISTRADO:
Dr. JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

MAGISTRADO
Dr. ARTURO MATSON CARBALLO

MAGISTRADA:
Dra. LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTANO

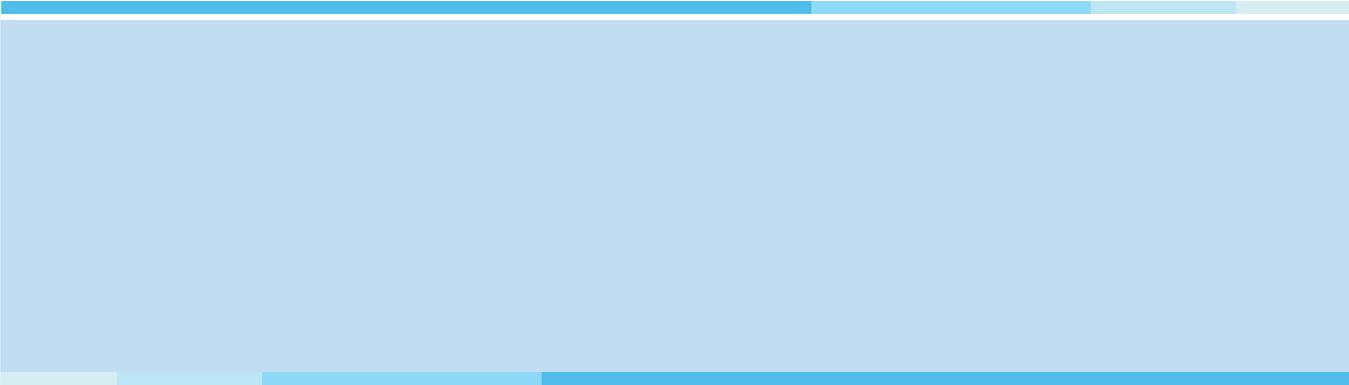
MAGISTRADA
Dra. MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ

MAGISTRADO
Dr. ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

CIEN AÑOS DE JUSTICIA

ÍNDICE

▶ RESEÑA HISTÓRICA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR.	4	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
▶ LA PRIMERA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR.	12	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
▶ LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	15	JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO
▶ LA PRUEBA DE OFICIO: REFLEXIONES SOBRE SU DECRETO EN LA AUDIENCIA INICIAL DEL PROCESO ORDINARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	25	HIRINA MEZA RHÉNAL
▶ AUXILIO DE CESANTÍA. PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.	35	LIGIA RAMIREZ CASTAÑO
▶ PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN LAS ACCIONES DE GRUPO.	38	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
▶ NUEVAS FORMAS DE NOTIFICAR LAS SENTENCIAS.	41	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
▶ EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTORNO A LOS ACTOS PRECONTRACTUALES.	44	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
▶ COMENTARIOS SOBRE ALGUNAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR EN MATERIA ADUANERA.	52	ALFREDO DE JESÚS MORENO DIAZ
▶ APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.	57	JOSE LUIS OTERO HERNANDEZ



INTRODUCCIÓN

CIEN AÑOS DE JUSTICIA

Este mes el Tribunal Administrativo de Bolívar celebra su primer centenario en la construcción y fortalecimiento del Estado de derecho. Su historia comenzó el 1º de julio 1914, cuando se instaló, con cuatro de sus magistrados.

Esta corporación, además del conversatorio en el marco de la conmemoración de los cien años de existencia, dispuso el lanzamiento de este boletín, en el que los funcionarios y empleados que colaboraron presentan en forma descomplicada y sencilla artículos de gran importancia para todas las personas interesadas en los temas que se agrupan.

Por último, en cumplimiento de la facultad democrática de vigilar y controlar el ejercicio de la función administrativa, durante este siglo el Tribunal Administrativo de Bolívar se ha caracterizado por su incansable labor y su valioso aporte en la historia del país, con grandes retos que afrontar, entre ellos la aplicación del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 en la implementación del sistema mixto y la introducción de las tecnologías de la información y medios electrónicos, a través del juicio en línea, que es lo que se apunta en el mediano plazo.

JUAN CARLOS GARCÍA PÉREZ
Relator Tribunal Administrativo de Bolívar.

RESEÑA HISTÓRICA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO¹

Una de las características del Estado Moderno lo constituye la existencia de un control externo de carácter jurisdiccional sobre las actuaciones de la administración. Sin embargo, tal control se ejerce en forma diferente, dependiendo si existe o no un juez especializado para ello. En efecto, existen sistemas monistas y dualistas.

La justicia contenciosa administrativa en Colombia está organizada con un sistema dualista, que se traduce en una jurisdicción administrativa diferente e independiente de la jurisdicción común.

Así las cosas, se analizará en primer lugar, el origen y evolución de la jurisdicción contenciosa en Colombia y, especialmente del Tribunal Administrativo de Bolívar, incluso de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.

Tanto el Consejo de Estado como los Tribunales Administrativos han tenido un arranque similar a partir de la Carta Política de 1886, máxime si tiene en cuenta que se han edificado desde el siglo XX atendiendo al mismo origen normativo, época a partir de la cual ha tenido una presencia y funcionamiento ininterrumpido durante cien años, por lo que se hará referencia a la jurisdicción en general, sin desconocer que fue el decreto del General Simón Bolívar, expedido en la ciudad de Angostura el 30 de octubre de 1817 en su calidad de Jefe Supremo de la República de Venezuela y capitán general de sus ejércitos y de los de Nueva Granada, cuando se creó el Consejo de Estado.

Fue efímera la vida de este Consejo de Estado, pues la Asamblea Constituyente de Angostura no lo reprodujo, ni la constitución de Cúcuta, de 1821. En 1828 volvió a crearlo Bolívar en su celebre decreto de la dictadura, del 27 de agosto.

Las constituciones de 1830², 1832³ y 1843⁴ conservaron esa Corporación, pero desapareció en la de 1853 y la de 1863 no la contempla.

La Constitución de 1886, revivió la institución del Consejo de Estado y lo previó, por primera vez, no sólo como cuerpo consultivo del Gobierno, sino como máximo juez de la administración, es decir, se le asignó la función de órgano supremo de lo Contencioso Administrativo, en caso que la ley estableciera esta jurisdicción.

Como una de las primeras decisiones de la dictadura del general Reyes, mediante Acto Reformatorio 10 de 1905, se suprimió expresamente el Consejo de Estado y se derogaron las normas de la Constitución que se referían a este organismo, sin que hubiera ejercido en la práctica la función jurisdiccional, bajo el argumento de que se debía “gobernar sin trabas”, lo que ocasionaría que los actos de la administración escaparan al control externo, en cabeza de un órgano de la rama judicial.

Terminada la dictadura, para limitar los abusos políticos de la regeneración, se logra la reforma constitucional dispuesta en el Acto Legislativo 3 de 1910⁵, promovida y realizada por el movimiento bipartidista que se llamó Republicanismo, que restableció la democracia, pero solamente señaló que “La ley establecerá la jurisdicción contenciosos administrativo”⁶, en atención a que no es posible concebir un Estado de derecho sin un sistema de justicia que garantice el control de legalidad de las actuaciones de la administración, y por esa vía los derechos y libertades de los ciudadanos; lo cual se llevó a cabo mediante la Ley 130 de 1913⁷ norma en que se pone en práctica el sistema de dualidad de jurisdicciones, al señalar que la jurisdicción contenciosa administrativa estará conformada por un tribunal supremo de lo contencioso administrativo y ocho tribunales administrativos. Pero sólo mediante el acto reformatorio de la Constitución de 10 de septiembre de 1914 se establece el Consejo de Estado en el ordenamiento constitucional.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE BOLÍVAR

La Ley 130 de 1913 distribuyó en el territorio ocho tribunales administrativos así: Bogotá⁸, Bucaramanga⁹, Cartagena, Medellín¹⁰, Pasto¹¹, Popayán¹², Ibagué¹³ y Tunja¹⁴, cada uno tenía asignada jurisdicciones que incluían, diferentes departamentos, intendencias y comisarias, conforme al artículo 23.

En efecto, el Tribunal Administrativo de Cartagena, con sede en la ciudad de Cartagena, ejercía jurisdicción en los Departamentos de Atlántico, Bolívar, Magdalena, Panamá, Intendencias Nacionales del Chocó y San Andrés y Providencia y Comisaría de Jurado, Urabá y la Guajira.

En dicha norma se estableció que los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo constarían de una planta de personal integrada por tres (3) Magistrados, un Secretario, un Oficial Escribiente y un Portero Escribiente, a excepción del Tribunal Administrativo de Cartagena que fue creado con cinco (5) Magistrados, probablemente el mayor número de miembros se debió al gran territorio que abarcaba su jurisdicción, ya que comprendía toda la Costa Atlántica y la región insular de San Andrés Islas, Panamá y Chocó.

En cuanto al período de los Magistrados de los Tribunales, se estableció que sería de tres (3) años, iniciándose el primer periodo el primero de marzo de 1914 hasta el 28 de febrero de 1917 y la remuneración se fijó en la suma de \$1.800 pesos.

En efecto, la citada ley estableció que a partir del 1º de marzo de 1914 los señores Magistrados de los Tribunales Seccionales debían instalarse, una vez fueran designados por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

EL TRIBUNAL SECCIONAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA se instaló el día primero (1º) de julio de 1914, hecho histórico que se encuentra registrado en la Gaceta Departamental 1189 del 16 de julio de 1914. En el ACTA DE INSTALACION consta que los primeros magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar fueron los doctores: CARLOS BERMÚDEZ, Presidente; JUAN PABLO CEBALLOS, Vicepresidente; GABRIEL RODRÍGUEZ DIAGO; GABRIEL R. GONZÁLEZ; Don ENRIQUE J. ARRÁZOLA, Secretario; Señor JUSTINIANO DE HOYOS, Primer Escribiente; Señor MANUEL G. MALO, Segundo Escribiente y; el Señor ADRIANO F. RANGEL H. Portero Escribiente.

El periódico LA ÉPOCA en su edición del 2 de julio de 1914 resaltó la instalación del nuevo Tribunal Administrativo de la siguiente forma: “...Bajo muy buenos augurios, comienza sus labores el Tribunal Seccional, cuyos miembros se hallan animados del mejor espíritu de tolerancia, como lo demuestra el hecho significativo de haber sido elegido el Dr. Ceballos,

vicepresidente por unanimidad de los miembros conservadores de la corporación y de haber resultado unánime la elección de secretarios hecha en el señor Arrázola. Hacemos votos muy sinceros porque sean fecundas en bienes las labores del nuevo Tribunal.”

La sentencia más antigua del Tribunal Seccional Administrativo de Cartagena, fue la expedida el 24 de julio de 1914 con Ponencia del Magistrado doctor RAMÓN RODRÍGUEZ DIAGO, haciendo Sala con los doctores CARLOS BERMÚDEZ, JUAN PABLO CEBALLOS, GABRIEL R. GONZÁLEZ, JOSE ESMERAL, RAMÓN RODRÍGUEZ DIAGO y fungiendo como Secretario el señor JOSÉ C. CALVO A., publicada en la Gaceta Departamental de Bolívar No. 1239 de 12 de septiembre del mismo año, en la cual al resolver las objeciones presentadas por el gobernador declaró inexecutable el Acuerdo 13 de 26 de diciembre de 1913 expedido por la Municipalidad de Mompox, por establecer la pena de arresto, a quien reincidiera en el no pago de cualquier impuesto municipal, en razón a que el artículo 23 constitucional entonces vigente lo prohibía.

En el periodo comprendido entre 1922 y 1927, el Tribunal se compuso de cinco (5) Magistrados, y ejercieron el cargo:

RAFAEL MÉNDEZ MÉNDEZ 1920-1922; NICÓMEDES FLÓREZ 1922; JUAN GUTIÉRREZ ROMERO 1922; LUIS A. GALOFRE 1922; DEMETRIO MORILLO 1922; ROBERTO POSADA M 1923-1927; ENRIQUE RODRÍGUEZ DIAGO 1925-1927; RUBÉN BERMUDEZ C. 1925-1927; CRISTÓBAL GARCÍA 1925-1927; MOISÉS FLÓREZ R. 1925-1926; ANÍBAL BADEL 1925; HENRIQUE L. CARAZO 1925; MARIO R. BUSTILLO 1925-1927; JOSÉ EDMUNDO LEIVA 1925-1927; FELIPE S. PAZ 1925-1926; DILIO DONADO 1925; JOSÉ A. ARIZA 1925-1926; PABLO M. RAMOS 1925-1926; J.M.URICOCHEA Y MONTOYA 1925-1926; VÍCTOR M. CARRASQUILLA 1926; DR. BOSSA 1926; ROBERTO MARTÍNEZ ROBLES 1926-1927 y; MANUEL SERRANO 1927.

Posteriormente, la Ley 25 de 1928, reformativa de la Ley 130 de 1913, amplió el número de tribunales seccionales de ocho a catorce. Y a los ya existentes, agregó los de Barranquilla, Cali, Cúcuta, Manizales, Neiva y Santa Marta.

Con la Ley 167 proferida el 24 diciembre de 1941 o segundo Código Contencioso Administrativo, se reguló nuevamente la composición del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos. El artículo 14 de esa normatividad estableció que habría un Tribunal Administrativo por cada departamento, con residencia en la capital correspondiente. Además, denominó a la corporación “Tribunal Administrativo de Bolívar”, y le otorgó jurisdicción sobre la entonces intendencia de San Andrés y Providencia.

El artículo 15 *ibídem* determinó que los Magistrados de los Tribunales Administrativos serían tres, elegidos por el Consejo de Estado para un periodo de dos años, reducción que posiblemente obedeció a la disminución del territorio sobre el cual ejercían jurisdicción. De esta manera, el Tribunal Administrativo de Bolívar de cinco magistrados, pasó a tener tres.

No obstante su naturaleza, el Acto Legislativo 01 de 1945 consideró que este tipo de órganos debía depender directamente de preceptos constitucionales y, fue así que en su artículo 13 se señaló “En cada departamento habrá un Tribunal Administrativo, cuyas funciones señalará la ley. El número de magistrados que integran cada tribunal, las calidades que deben reunir para desempeñar su cargo y el modo de su elección y separación, serán establecidos por la ley”.

Para el periodo 1942 a 1956, se destacan los siguientes magistrados: ARMANDO DE ÁVILA 1942-1944; JULIÁN LLINÁS VEGA 1942; LUÍS CARLOS RÍOS 1942; FRANCISCO SOTOMAYOR 1942; MANUEL ANTONIO PINEDA 1942; SANTANDER BLANCO CABEZA 1942-1954; VÍCTOR Z. MORILLO 1944-1948; ANÍBAL PÉREZ SOTOMAYOR 1942-1948; NORBERTO GARI GONZÁLEZ 1948-1955; LEÓN FACIOLINCE 1948-1950; OLIMPO CÁRCAMO BERMÚDEZ 1950-1952; FERNANDO PARDO QUINTANA 1953-1954; JULIO ALBERTO TORRENTE TORRENTE 1953-1954; DAGOBERTO PALOMINO PADILLA 1954-1956; EDUARDO ALCALÁ P. 1956; ROBERTO LUNA JASPE 1954-1956 y, FRANCISCO DE PAULA VARGAS GAVIRIA 1956-1959.

Posteriormente, el Decreto Ley 1722 del 19 de julio de 1956, instituyó los famosos tribunales unitarios, con excepción de los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Antioquia que continuaron con tres (3), por lo que el Tribunal Administrativo de Bolívar adquirió la forma de TRIBUNAL UNITARIO, siendo designado como magistrado el Doctor FRANCISCO DE PAULA VARGAS GAVIRIA quien nombró como Secretario al señor FAUSTO ZAPATEIRO MARRUGO y como Portero Escribiente al señor ADOLFO PAREJA JIMÉNEZ. Se debe resaltar al señor ZAPATEIRO quien llegó a ejercer el cargo de Secretario por un largo periodo de aproximadamente 35 años.

En desarrollo de la paridad política posplebiscitaria, los tribunales administrativos tuvieron que acomodarse a las nuevas orientaciones estatales. De esta manera se expidió la Ley 21 de 1958, artículo 3, y su Decreto Reglamentario 355 de 1959, se determinó aumentar en uno (1) los magistrados de cada tribunal administrativo, los de Cundinamarca y Antioquia quedaron con cuatro (4) cada uno. Siendo designados en el Tribunal Administrativo de Bolívar los Doctores ARTURO MATSON FIGUEROA Y VÍCTOR G. VALLE, quienes por Acuerdo No.2 de mayo 2 de 1959,

recibieron los procesos del Magistrado Único doctor Francisco de P. Vargas Gaviria. De esta manera el Tribunal Administrativo de Bolívar a partir de esa fecha estuvo conformado por una sala dual.

En el periodo comprendido entre 1959 hasta septiembre de 1988, ejercieron el cargo de Magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar los doctores: ARTURO MATSON FIGUEROA, VÍCTOR G. VALLE, WILSON HERRERA ANZOÁTEGUI, ANTONIO ALVARADO CABRALES, ELVIRA PACHECO DE SIERRA, quien fue la primera mujer en ingresar a esta corporación.

Más tarde el tercer Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto Ley 01 de 1984 continuó con los tribunales integrados por dos (2) magistrados. Esta situación fue modificada por el artículo 8 de la Ley 14 de 1988¹⁵ que aumentó en dos (2) Magistrados las plazas de algunos tribunales, entre ellos el de Bolívar, lo cual fue ratificado por el artículo 11 del Decreto Ley 2288 de 1989¹⁶, siendo nombrados los doctores ÁLVARO ANGULO BOSSA y OLGA SALVADOR DE VERGEL, integrándose con los otros dos (2) magistrados que ya venían laborando, doctores ANTONIO ALVARADO CABRALES y ELVIRA PACHECO ORTIZ.

La Constitución Política en el capítulo referente a la jurisdicción contenciosa administrativa, no se refiere a los Tribunales Administrativos, como lo hicieron los Actos Legislativos 01 de 1945 y 01 de 1968¹⁷, sino que se referencian en el artículo 272 superior al facultar a esas corporaciones para elegir un candidato que conformará la terna de los contralores departamentales y municipales.

Esta fue la razón por la cual, la Ley 270 de 1996 en el artículo 40, dispuso que los Tribunales Administrativos son creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal en cada distrito administrativo. Tienen el número de Magistrados que determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, en todo caso, no será menor de tres.

Además, continúa señalando que los Tribunales Administrativos ejercerán sus funciones por conducto de la Sala Plena, integrada por la totalidad de los Magistrados; por la Sala de Gobierno, por las Salas Especializadas y por las demás salas de decisión plural e impar, de acuerdo con la ley.

Como el Tribunal Administrativo de Bolívar estaba integrado por cuatro (4) magistrados quedó compuesto por este número de miembros, ocupando dichos cargos a partir de la vigencia de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, los doctores:

Para el año 1996, el doctor ANTONIO ALVARADO CABRALES fue designado Consejero de Estado, y fue reemplazado en provisionalidad

por la doctora MARINA BUSTILLO DE ARRÁZOLA, hasta que la Doctora NORAH JIMÉNEZ MÉNDEZ fue trasladada en junio de 1997.

El 1º de mayo de 2001 es designado en propiedad el doctor JAVIER ORTIZ DEL VALLE en reemplazo del doctor Álvaro Angulo Bossa, quien se retiró por jubilación, posteriormente, el primero de los aludidos efectuó traslado recíproco con el doctor Álvaro Rodríguez Bolaños, a partir del 1 de marzo de 2009.

El 1 de marzo de 2008 es designada en propiedad la doctora CARMEN PONCE DELGADO en reemplazo de la doctora Olga Salvador de Vergel, quien se retiró por jubilación.

El 1 de julio de 2008 es designada en propiedad la doctora GLORIA CÁCERES MARTÍNEZ en reemplazo de la doctora Elvira Pacheco, quien se retiró por jubilación.

MAGISTRADOS Y MAGISTRADAS ACTUALES

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, la corporación se encuentra dividida en dos salas de decisión, una perteneciente al sistema oral y la otra al sistema escritural, razón por la cual actualmente cuenta con una planta de Magistrados en número de ocho (8) miembros, pero cuatro (4) de ellos corresponden a medidas de descongestión, creadas una en el año 2009, dos (2) a partir del 1 de septiembre de 2011, la última creada en diciembre de 2013, con el fin de la puesta en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Actualmente los miembros que pertenecen al sistema oral son:

El doctor JOSÉ ASENCIÓN FERNÁNDEZ, quien el 1 de abril de 2011 es trasladado en propiedad a este tribunal en reemplazo del doctor Álvaro Rodríguez Bolaños, trasladado al Tribunal Administrativo del Cesar.

La doctora HIRINA MEZA RHENALS, quien el 11 de septiembre de 2013 es nombrada en provisionalidad en reemplazo de la doctora Claudia Patricia Peñuela, quien reemplazo a la doctora Carmen Amparo Ponce Delgado Martínez, trasladada al Tribunal Administrativo del Cauca y tomó posesión, en enero de 2012.

El doctor LUIS MIGUEL VILLALOBOS, quien reemplazó a la doctora Gloria Cáceres Martínez, trasladada al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, inicialmente nombrado en provisionalidad y posteriormente en propiedad, tomando posesión, el 1 de febrero de 2012.

El doctor JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO, quien el 1 de julio de 2012 es trasladado en propiedad a este tribunal en reemplazo de la doctora Norah Jiménez Méndez, quien se retiró por pensión.

Actualmente los miembros que pertenecen al sistema escritural son:

El doctor ARTURO MATSON CARVALLO, quien desde el 1 de septiembre de 2011 fue nombrado en provisionalidad para ocupar un cargo en descongestión.

La doctora LIGIA RAMIREZ CASTAÑO, quien desde el 01 de septiembre de 2011 fue nombrada en provisionalidad para ocupar un cargo en descongestión.

La doctora MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ, quien desde el 01 de diciembre de 2012 fue nombrada en provisionalidad para ocupar el cargo en descongestión que ocupara el doctor Oscar Narváez, quien fue nombrado en propiedad en el Tribunal Administrativo de Nariño.

El doctor ROBERTO CHAVARRO COLPAS, quien desde el 03 de febrero de 2014 fue nombrado en provisionalidad para ocupar un cargo en descongestión.

A su vez el Tribunal cuenta con una Secretaría General, ocupando dicho cargo el doctor JUAN CARLOS GÁLVIS, quien se encuentra vinculado en propiedad desde el 16 de abril de 2010, igualmente con una Relatoría, ejerciendo la funciones el doctor JUAN CARLOS GARCÍA desde mayo de 2011.

DIRECTIVOS ACTUALES

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar para el periodo 1º de febrero de 2014 a 1º de febrero de 2015 eligió como Presidente al doctor JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO y como Vicepresidente al doctor MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ.

SEDE

El Tribunal Administrativo de Bolívar desde tiempos inmemoriales funcionó en el tercer piso del Edificio Nacional, a excepción de 2 o 3 años se desempeñó en un local ubicado en la Calle del Cuartel, mientras se adelantaban los trabajos de restauración del Edificio Nacional, pero, al regresar nuevamente a este ya restaurado, no se le reasignó en su sede inicial del tercer piso, sino en el primero, desconociéndose las razones por las cuales no se le reubicó en su sede histórica, lo cual solo se realizó a partir del mes de agosto de 2012, al ser reubicados en el tercer piso los despachos permanentes y la sala de pleno, salvo los despachos en descongestión, ubicados en el segundo piso y la secretaría general y la relatoría en el primer piso.

3. JUZGADOS ADMINISTRADOS

En esta conmemoración de los cien años del Tribunal Administrativo de Bolívar, es justo reconocer a todos los Juzgados Administrativos del Circuito de

Cartagena, que al formar parte de un mismo árbol frondoso llamado rama judicial y siguiendo el símil genealógico, hoy el Tribunal tiene hijos, en razón a que mediante la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996¹⁸, se crearon 257 juzgados administrativos a nivel nacional, de los cuales 13 correspondieron a este circuito judicial, que entraron en funcionamiento el 1º de agosto del 2006¹⁹. Posteriormente se crearon 3 despachos en descongestión, los cuales posteriormente fueron suprimidos.

Por lo que queremos exaltar la labor de ESTHER MEZA, FRANCISCO VIDES, JULIO ESCORCIA, MARITZA CANTILLO, MAGDALENA GARCÍA, BEATRIZ VERGARA, ALFREDO MORENO, ENRIQUE DEL VECCHIO, LEIDI ESPINOSA, MELLISA GONZÁLEZ, ALEJANDRO BONILLA, JOSÉ GUERRERO y, GIOVANNA BONILLA, quienes están a cargo de tales despachos, en la construcción y consolidación de esta jurisdicción en este distrito judicial en la garantía de los derechos y la integridad de un orden justo y democrático.

4. CONSEJEROS DE ESTADO BOLIVARENSES

Entre las personas nacidas en este departamento que han sobresalido por sus ejecutorias e importancia a nivel nacional, por haber sido elegidos Consejeros de Estado, podemos resaltar a los doctores:

CARLOS GUSTAVO ARRIETA ALANDETE, nacido en San Jacinto, (1958 a 1965); ÁLVARO LECOMPTE LUNA, nacido en Cartagena, (1988 a 1996); CARMELO MARTINEZ CONN, nacido en sucre, en la época que hacía parte de este departamento, (1980 a 1993); JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, nacido en El Carmen de Bolívar, (1991 a 1999); MARIO ALARIO MÉNDEZ, nacido en Cartagena, (1995 a 2003); MANUEL SANTIAGO URUETA, nacido en Villanueva, (1995 a 2003); NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, nacido en Cartagena, (1997 a 2004); RAFAEL OSTAU LAFONT PIANETA, nacido en Cartagena (2003 a 2011) y, ANTONIO CARLOS ALVARADO CABRALES, nacido en Santa Cruz de Mompo, (1996 a 1997), quien ha sido el único magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar que hasta la fecha ha llegado a esa alta corporación.

CONCLUSIONES

Con el Acto Legislativo 03 de 1910 se inicia un proceso de consenso nacional para poner freno a los excesos presidencialistas y autocráticos de la Constitución de 1886, para lo cual se dispuso de un nuevo control de legalidad de la actividad administrativa a cargo de una jurisdicción especializada y distinta de la justicia ordinaria, en cabeza de un órgano de la rama judicial, para sentar las bases de un Estado de derecho con pleno reconocimiento de un sistema democrático con separación de poderes.

Por ello, la Ley 130 de 1913, primer Código Contencioso Administrativo dio origen a la jurisdicción contencioso administrativo la cual, es fruto de ese sentimiento nacional que iluminó a los constituyentes de 1910, que han estado vigentes durante una centuria en la vida institucional de Colombia, sin interrupción como jueces de la administración y como garante de los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado.

El número de miembros de esta jurisdicción debe ser mayor, para efectos que haya una oportuna atención de los procesos que es a lo que apunta el nuevo código, porque de lo contrario, al momento de evaluar si se cumplió con su cometido, llegaríamos a las mismas conclusiones que se gestaron luego de veintiséis años de expedición del Decreto Ley 01 de 1984.

Con la creación de los juzgados administrativos se rompe la tradición histórica de jueces colegiados en la jurisdicción administrativa ingresando los jueces unipersonales, salvo en el periodo que va desde 1956 hasta 1959 donde se crearon salas unitarias, con excepción de los Tribunales de Cundinamarca y Antioquia. Además, la creación de estos despachos implicó un cambio cualitativo en la producción de las sentencias, en el sentido de que el Consejo de Estado deja de ser un tribunal de apelación y se convierte en el órgano de cierre en la jurisdicción contenciosa.

Para el éxito del sistema mixto incorporado en la Ley 1437 de 2011, se requiere de una planta permanente para seguir cumpliendo con los objetivos que le asigna la Constitución Política, al controlar si en las actuaciones de la administración se ha respetado el principio constitucional y base del sistema jurídico mismo del Estado de Derecho (artículo 1º), la sumisión de la administración a la ley y al derecho mismo (artículo 6º y 90), de una parte, y, por otra, garantizar una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art.2)²⁰.

BIBLIOGRAFÍA

JIMÉNEZ MÉNDEZ, Norah, discurso presentado en el aniversario 95, Reseña histórica del Tribunal Administrativo de Bolívar, Agosto 5 de 2009.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Democracia, jueces y control de la administración, Civitas, Madrid, 2000.

RODRIGUEZ, Gustavo Humberto, Procesos contenciosos administrativos, librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1987.

SACHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1996.

TASACON, Tulio Enrique. Derecho constitucional colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1965.

URIBE VARGAS, Diego. Las constituciones de Colombia, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, Bogotá, 1976.

¹ Abogado, Universidad del Atlántico. Especialista Derecho Administrativo, Universidad Pontificia Bolivariana; Magíster Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública (Madrid-España); Estudios Doctorado, Derecho Público”, Universidad de Alcalá de Henares (España). Actualmente Magistrado Tribunal Administrativo de Bolívar.

² La Constitución de 1830 estableció un Consejo de Estado, pero como órgano asesor del Gobierno Nacional. En URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*, Ediciones de Cultura Hispánica, 1976, Madrid, pág. 154.

³ En la Constitución de 1832, luego de la separación de Venezuela y de Ecuador, el país pasa a denominarse República de la Nueva Granada; se mantiene el Consejo de Estado —formando parte del Poder Ejecutivo—, conformado por siete consejeros elegidos por el Congreso, con atribuciones para: dar el dictamen para la sanción de las leyes, preparar los proyectos de ley, y presentar a la Cámara de Representantes una terna para ministros de la Corte Suprema. En SACHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1996, pág. 45.

⁴ En la Constitución de 1843 el preexistente Consejo de Estado es reemplazado por un Consejo de Gobierno, como órgano asesor del presidente, conformado por el vicepresidente de la República y los secretarios de Estado, teniendo como atribuciones las de: dar o rehusar su sanción a los proyectos de ley y “demás actos legislativos que le pase el Congreso” (Art. 117), convocar al Congreso a reunión extraordinaria, y normar los gobernadores provinciales, entre otras. En TASACON, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1965, pág. 86.

⁵ El Constituyente de 1910 creó la jurisdicción pero no restableció el Consejo de Estado, por la vía constitucional, lo cual se hizo con el Acto Reformatorio de la Constitución, de 10 de septiembre de 1914 Sus atribuciones principales eran: a) ser cuerpo consultivo del Gobierno Nacional; b) preparar proyectos de ley y de códigos; c) ser el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, que le señale la ley. Integrando el organismo con el primer designado y seis vocales, dándole la misma jerarquía de la Corte Suprema de Justicia. Se expidió entonces la Ley 60 de 1914, noviembre 5, "orgánica del Consejo de Estado", el cual quedó dividido en las Salas de Negocios Generales y en la de lo Contencioso Administrativo. Así constituido, se instaló en pleno el 17 de diciembre de 1914, bajo la presidencia del designado, general Jorge Holguín, y con la asistencia de los Consejeros Bonifacio Vélez, Manuel Dávila Flórez y Próspero Márquez.—de la Sala de Negocios Generales—, y de Jesús Perilla V., Adriano Muñoz y Luis Felipe Rosales, de la de lo Contencioso Administrativo.

⁶ RODRIGUEZ, Gustavo Humberto, *Procesos contenciosos administrativos*, librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1987, pág. 12.

⁷ La Ley 130 de 1913 señaló que el objeto de la jurisdicción contencioso administrativo sería la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en ejercicio de sus funciones. Esta ley puso en práctica por primera vez en Colombia el sistema de dualidad de jurisdicciones en cuanto contiene las normas necesarias sobre distribución de competencias y procedimientos para su ejercicio. Constituyó el primer Código Contencioso Administrativo.

⁸ Tribunal Administrativo de Bogotá con sede en la ciudad del mismo nombre y con jurisdicción en el Departamento de Cundinamarca, Intendencia Nacional del Meta y Comisarias de Vaupés y Vichada.

⁹ Tribunal Administrativo de Bucaramanga, con sede en la ciudad del mismo nombre y con jurisdicción en los Departamentos de Santander y Norte de Santander.

¹⁰ Tribunal Administrativo de Medellín, con sede en la ciudad del mismo nombre y con jurisdicción en los Departamentos de Antioquia y Caldas.

¹¹ Tribunal Administrativo de Pasto, con sede en la ciudad del mismo nombre y con jurisdicción en el Departamento de Nariño y en las Comisarias del Caquetá y el Putumayo.

¹² Tribunal Administrativo de Popayán, con sede en la ciudad del mismo nombre y con jurisdicción en los Departamentos del Cauca y el Valle.

¹³ Tribunal Administrativo de Ibagué, con sede en la ciudad del mismo nombre y con jurisdicción en los Departamentos del Tolima y del Huila.

¹⁴ Tribunal Administrativo de Tunja, con sede en la ciudad del mismo nombre y con jurisdicción en el Departamento de Boyacá y en la Comisaría de Arauca.

¹⁵ El artículo 8° de la Ley 14 de 1988 dispuso: “A partir de la vigencia de la presente Ley auméntase en dos (2) Magistrados las plazas de los Tribunales Administrativos de los siguientes Departamentos: Antioquia, Atlántico, Boyacá, Bolívar, Cundinamarca, Tolima, Valle, Santander, Norte de Santander, Meta y Nariño. La nominación y designación de los Magistrados de lo Contencioso Administrativo se hará por el resto del período a partir de la vigencia de la presente Ley, siempre y cuando llenen las calidades impuestas por la ley y decretos especiales, que reglamenten la carrera de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional.”

¹⁶ El artículo 11 del Decreto 2288 de 1989 dispuso, sobre la integración de los tribunales administrativos. “El Tribunal Administrativo de Cundinamarca estará integrado por veintiocho (28) Magistrados; los de Antioquia y Valle del Cauca por ocho (8); los de Atlántico, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cauca, Meta, Nariño, Norte de Santander, Risaralda, Santander y Tolima, por cuatro (4); los de Caquetá, Cesar, Córdoba, Huila, Magdalena, Quindío y Sucre, por tres (3) y los del Chocó y Guajira, por dos (2).”

¹⁷ Mediante la reforma constitucional de 1968, se estableció que en cada departamento habría un Tribunal Administrativo.

¹⁸ La ley 270 de 1996, dispuso en el artículo que “Los Juzgados Administrativos que de conformidad con las necesidades de la administración de justicia determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio, integran la jurisdicción contencioso administrativa. Sus características, denominación y número serán establecidos por esa misma Corporación, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.”

¹⁹ Mediante el Acuerdo No 3333 del 3 de marzo de 2006, el Consejo Superior de la Judicatura dispuso la creación de 257 juzgados administrativos en todo el país.

²⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Democracia, jueces y control de la administración, Civitas, MDRID, 2000, pág. 34.

LA PRIMERA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO²¹

El Tribunal Administrativo de Bolívar se instaló el 1 de julio de 1914, luego de su creación por parte de la Ley 130 de 1913, profirió la primera sentencia el 24 de julio de 1914, publicada en la Gaceta Departamental No. 1239 de 12 de septiembre del mismo año, pese a que gacetas anteriores publicaron sentencias de fechas posteriores.

En esta providencia el Tribunal Administrativo de Bolívar con ponencia del doctor Rodríguez Diago, decidió las observaciones de inconstitucionalidad presentadas por el gobernador en contra de los parágrafos únicos de los artículos 1º y 2º del Acuerdo 13 de 26 de diciembre de 1913 por infracción de la Carta Política de 1886 al señalar ellos pena de arresto.

La sentencia objeto de estudio, realizó un preciso análisis de la competencia del tribunal para conocer del asunto en única instancia, una vez entró en vigencia la Ley 130 de 1913, al conocer el Juzgado del Circuito de Mompox en primera instancia y enviada en consulta al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, corporación que declaró su incompetencia para conocer del caso, razón por la cual lo envió al despacho de origen, que a su vez lo remitió al Tribunal Administrativo de Bolívar.

En tal providencia el Tribunal Administrativo de Bolívar indicó que la sentencia del Juez de Mompox carecía de existencia jurídica (artículo 829 del Código Judicial), razón por la cual no tenía que entrar a examinar el valor jurídico de aquel fallo.

Dos (2) folios fueron suficientes para estructurar la argumentación a fin no solo de resolver las objeciones presentadas por el gobernador, sino también desde la presentación de la providencia propia del rito judicial, desde el nombre de la autoridad que la profiere, hasta la firma de quienes la suscribieron y del secretario. Esta providencia se caracterizó por la brevedad suficiente para fundamentar la decisión.

La disposición acusada, artículo 1º del Acuerdo 13 de la municipalidad de Mompox rezaba: “El individuo que estableciere en el Municipio cualquiera de los juegos permitidos, espectáculos

públicos, bailes, serenatas, etc, sin previo permiso escrito del Alcalde pagarán (sic) el doble del valor del impuesto correspondiente y será castigado con multa de uno a diez pesos (\$ 1 a 10,00) oro.”

En caso de reincidencia la pena será de uno a diez días de arresto”.

Luego de la transcripción de la disposición, expuso el tribunal el hecho de que el título del acuerdo esté concebido así: “Por el cual se imponen multas a los impuestos municipales, no significa que sea contrario a la Constitución el parágrafo que se analiza, pues es bien sabido que el título no expresa de ordinario sino muy someramente y no siempre de manera correcta y completa, el objeto de la naturaleza de aquellas (la Ley). Es en las disposiciones donde ha de buscar, en todo su desenvolvimiento, la idea completa del legislador (Casación, 29 de julio de 1912)”

Llama la atención que para sustentar este argumento, toma la idea central del fallo de casación de la Corte Suprema de Justicia, sin hacer transcripción de la casi totalidad de la parte motiva, con lo que la brevedad de la cita, es ejemplo de claridad y precisión, al establecer que el sentido de la ley se debe buscar en la misma disposición y no en otro texto.

Continúa argumentando que, los concejos están facultados para señalar pena de arresto a los que infrinjan sus acuerdos, siempre que no sea para garantizar el cumplimiento de obligaciones civiles o el pago de deudas, por lo que se declaró su conformidad con la constitución de la época.

El artículo 2º del Acuerdo señaló “El individuo que se resistiere el pago de cualquier impuesto municipal, por pequeña que sea la cuantía, será castigado con multas sucesivas de una uno a cinco pesos (1,00 a 5,00 oro).

En caso de reincidencia la pena será de uno a cinco días de arresto”

En esa providencia explicó la Corporación que el pago de un impuesto o contribución es una obligación de carácter puramente civil que de manera abstracta pesa sobre los ciudadanos a quienes afecta. Cuando un impuesto o contribución han sido liquidados y se expresa por un guarismo determinado para cada contribuyente, entonces la obligación toma el nombre específico de deuda ya que toda deuda es una obligación de carácter civil pero no toda obligación civil es una deuda.

La Corporación para declarar la inexecutable de esta disposición consideró que sea que los impuestos tengan o no el carácter de una deuda a favor del municipio no puede exigírsele la exacción de ellos con pena de arresto, porque el artículo 23 constitucional de 1886 lo prohibía.

Se concluye que en ese momento histórico, el primer fallo del Tribunal Administrativo de Bolívar sólo constaba de dos páginas donde se consignó la razón general constitutiva de la base de la decisión judicial específica. Esto es, que no estaba integrada por obiterdictum, por lo cual no se señalaron opiniones más o menos incidentales en la argumentación.

²¹ Abogado, Universidad del Atlántico. Especialista Derecho Administrativo, Universidad Pontificia Bolivariana; Magíster Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública (Madrid-España); Estudios Doctorado, Derecho Público”, Universidad de Alcalá de Henares (España). Actualmente Magistrado Tribunal Administrativo de Bolívar.

LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

JOSE FERNÁNDEZ OSORIO²²

Este ensayo, que tiene como finalidad contribuir a la conmemoración de los cien (100) años de creado nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aborda un tema de gran actualidad y de significativa importancia, cual es la protección de los derechos fundamentales en vía de suspensión provisional de actos administrativos.

La Constitución de 1991, en su artículo 4º, al declararse norma de normas, generó una obligación de coherencia en el plexo jurídico normativo, de carácter específico, con los mandatos constitucionales.

Sea lo primero determinar, cuál es la relación que efectivamente existe, entre la suspensión provisional, y la finalidad de proteger los derechos fundamentales. Para ello es necesario preguntarse si existe una coherencia o armonía entre ambos tópicos, y los impactos o implicaciones de tal relación en nuestro derecho.

1.1. ¿La suspensión provisional de actos administrativos en Colombia surgió para proteger los derechos fundamentales?

Transformar la pregunta que da origen al presente acápite, en una oración afirmativa, sería incurrir en un equívoco. De allí que, la respuesta a este cuestionamiento sea necesariamente negativa. El origen histórico de la institución de la suspensión provisional en el ordenamiento jurídico nuestro se produce en un contexto donde la Constitución no producía efectos directos y concretos como los que ahora genera. Aún más, los derechos fundamentales y la interpretación de los mismos, elemento que resulta esencial, como paradigma transversal del ordenamiento, tienen su punto de origen en la Constitución de 1991; por ello no puede entenderse un derecho fundamental por fuera de los sistemas de protección y del catálogo axiológico que establece la nueva Carta Política.

Lo anterior conduce a que la suspensión provisional, dentro de la perspectiva constitucional actual, ostente un pecado original: en su formulación

y elaboración no se contaba con las luces sobre derechos fundamentales que hoy se presentan, sin mencionar el movimiento de constitucionalización de todas las ramas del derecho, incluyendo el derecho contencioso administrativo. La Constitución de 1991 en su artículo 4º, al declararse norma superior, generó una obligación de coherencia en el universo jurídico normativo de carácter específico, con los planteamientos constitucionales. Sin adentrarnos en las modificaciones normativas actuales (Ley 1437 de 2011²³), puede establecerse que, en punto de suspensión provisional de los actos administrativos, fue el Decreto 01 de 1984²⁴, el referente que debió ponerse a tono con los nuevos fines del Estado y los nacientes principios y valores constitucionales, y adaptar su estructura a la protección de los derechos fundamentales.

Ese requerimiento, hecho al Código Contencioso Administrativo cobró mayor relevancia frente a la suspensión provisional, si se tiene en cuenta que, la Constitución de 1991 reiteró su vigencia, en su artículo 238 por lo que, independientemente de las razones que motivaran al Constituyente para ello, se impone, reiteramos, una obligación de coherencia con los demás preceptos de la norma fundamental. Obligación a la que no escapa la regulación legal por el sencillo argumento de encontrarse normativamente subordinada a la Constitución. A manera de interpretación, debe abonarse que el artículo 238 de la Constitución le imprime fortaleza al papel de los derechos fundamentales del administrado y la necesidad de que la Administración pública cumpla con los fines del Estado Social de Derecho.

A pesar de toda la carga asignada al Decreto 01 de 1984²⁵ con la entrada de la Constitución Política de 1991, debe tenerse presente que el artículo 152 tenía una marcada tradición legalista y entraba en contradicción en más de una forma, con la Constitución. Así, siguiendo a Ruth Estella Correa Palacios, podemos afirmar que el balance era poco alentador para esta figura dentro del anterior Código Contencioso Administrativo:

“Cabe precisar que la figura cautelar, a pesar de la larga tradición que tiene en su aplicación y de los nuevos eventos que por fuera del diseño legal se le han agregado, hoy no es de mucha utilidad porque las exigencias que la jurisprudencia ha establecido para su procedencia la han convertido casi en inocua.

Ello obedece fundamentalmente a la conclusión a la que llega el juez frente a la ponderación que realiza entre la presunción de legalidad que en el ordenamiento colombiano tiene asidero constitucional y legal y el requisito de la evidencia en la infracción a la norma superior que para la procedencia de la figura dispone el mismo código.

La conclusión mayoritariamente se inclina a favor de la presunción de legalidad, lo cual ha conducido a que la medida cautelar se haya convertido prácticamente en inoperante.

Asimismo, existen razones de orden práctico que atentan contra la eficacia de esa cautela, en la medida en que la decisión de suspender los efectos del acto administrativo debe ser obedecida por la administración solo cuando la decisión judicial está en firme, y esa firmeza depende de que se decidan los recursos que proceden contra la misma, esto es, el de reposición en los juicios de única instancia y el de apelación en los de doble instancia, recurso este último que no interrumpe el trámite del proceso que debe continuar el a quo mientras se surte la apelación. La grave congestión que afecta a la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia fácilmente conduce a que el proceso se adelante por él a quo hasta el momento de dictar sentencia, sin que para esa época se haya aún definido el recurso en relación con el tema de la suspensión provisional, con lo cual, aún habiéndose decretado la cautela desde el auto admisorio de la demanda, el acto administrativo sigue produciendo todos sus efectos hasta el momento de dictar sentencia.

Las dificultades mencionadas deben ser tenidas en cuenta en la modificación que se pretende del Código Contencioso Administrativo, con la finalidad de reforzar esa importante medida cautelar que en Colombia tiene casi un siglo de existencia.²⁶”

Como puede colegirse de la lectura anterior, la discrepancia entre la suspensión provisional y los derechos fundamentales no solo se encuentra en problemas de formulación normativa, también está asociada a la actitud del operador jurídico frente a los requisitos de procedencia y a dificultades de tipo fáctico, situaciones todas que confluyen en un obstáculo importante para la armonización de la figura de la suspensión provisional con una protección real y efectiva de los derechos fundamentales.

Por ello puede decirse que, las carencias e insuficiencias del Decreto 01 de 1984²⁷ frente a la protección de los derechos fundamentales que exigía-

la Constitución de 1991 eran un reto para la modificación normativa realizada con la Ley 1437 de 2011²⁸; establecer si se produjo una reconciliación entre la suspensión provisional del acto administrativo y la codificación en materia contenciosa administrativa es una tarea imprescindible que se abordara más adelante, por ahora es menester ocuparnos de establecer otros elementos teóricos que dotan de fundamento y necesidad la relación suspensión provisional-derechos fundamentales.

1.2. Análisis sobre los derechos fundamentales susceptibles de amparo en vía provisoria

Partiendo de la conceptualización de la tutela cautelar y de la medida cautelar, como instrumento para llevar a cabo dicha tutela, resulta dable afirmar que existen al menos dos perspectivas sobre los derechos fundamentales que, por antonomasia, se corresponden con la finalidad de esta figura.

Previamente, se puede afirmar que dentro de los ordenamientos jurídicos europeos, es de vieja data la correspondencia necesaria entre el estatuto constitucional y figuras tales como la medida cautelar, dado que: “la justificación última (y primera) de las medidas cautelares ha de estar constituida, permitida o exigida por una norma que establezca los fundamentos jurídicos de una organización política²⁹”.

En el ámbito de dichos ordenamientos, la medida cautelar es contemplada como un mecanismo que permite que se conserven íntegros los derechos cuya protección se invoca, de tal manera que, al terminar el proceso, sea posible ejecutar la sentencia; ello, en términos del maestro Piero Calamandrei³⁰, indica conciliar dos exigencias de la justicia: celeridad y ponderación.

Por tanto, puede establecerse que, en concreto, la figura de la medida cautelar busca la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es que, las decisiones judiciales sean susceptibles de amparar un derecho, cuando a ello haya lugar, sin que éste se encuentre menoscabado por el paso del tiempo, lo que impida reintegrarlo y que el mismo se materialice efectivamente.

La otra perspectiva, corresponde a un plano abstracto, esto es, la medida cautelar protege de forma indirecta los derechos invocados en búsqueda de protección por el peticionario.

La suspensión provisional no se escapa de estas consideraciones. En efecto, ésta llega a considerarse la medida cautelar por excelencia en el proceso contencioso administrativo³¹ y plantea unos retos particulares. En ella se discute una tensión entre el principio de legalidad de los actos administrativos, representado como interés general, y el interés subjetivo de un administrado, que representa los derechos solicitados y cuya protección se estima urgente en virtud de una tutela judicial efectiva.

Acercándonos a nuestro ordenamiento debe decirse que, en lo particular, no puede ser distinto a lo planteado previamente, máxime si se tiene en cuenta que somos herederos de los sistemas jurídicos europeos. Aunque ya se han planteado las divergencias en nuestro ordenamiento constitucional y la regulación en punto de la suspensión provisional, dado que, no existen desarrollos parecidos a los europeos sobre la protección de derechos fundamentales en vía provisoria, es posible hablar de que existe un catálogo de derechos que son susceptibles de protección, en el caso del enfoque abstracto, mientras que, por antonomasia, la figura se encuentra formulada para buscar la defensa de la tutela judicial efectiva, atendiendo el enfoque concreto; todo lo anterior aun cuando no se haga uso de ello, o, la normatividad sea incoherente con la figura misma.

Debe recordarse que, la naturaleza de los ordenamientos procesales también le otorga particularidades a la discusión. En el caso del ordenamiento nuestro, si bien es importante analizar el proceso ordinario de lo contencioso administrativo, es imprescindible no abandonar el examen de las acciones constitucionales, pues, si se quiere, a través de ellas se ha conseguido un “avance” en la protección de derechos fundamentales vía suspensión provisional:

“De otra parte, es preciso tener en cuenta que la Corte Constitucional en sede de tutela ha indicado que, tratándose de infracción de derechos fundamentales, podría aplicarse directamente la Carta y proceder a suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, no obstante no haberse invocado expresamente la disposición constitucional, e independientemente de que las violaciones o amenazas de transgresión de aquellos sea manifiesta, o no.

Con esta perspectiva el juez constitucional propone al juez administrativo una nueva lectura del instituto de la suspensión provisional realizada conforme a la Constitución que debe partir de la efectividad de los derechos fundamentales de aplicación inmediata consagrados en la Constitución (arts. 2 y 85 CN), de la aplicación preferente de la Constitución (art. 4 CN), de la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CN), del fundamento constitucional de la suspensión provisional (art. 238 CN), viraje que, a su juicio, no necesariamente ha de hacerlo la legislación sino que bien puede hacerlo el juez administrativo³²”.

Como viene dicho, la tutela judicial efectiva se protege con la medida cautelar per se, pero, en abstracto, existen derechos susceptibles de protección los cuales, en el caso de la suspensión provisional, estarán contenidos en el acto administrativo, y corresponderán a la emanación de la voluntad de la Administración Pública en relación al cumplimiento de los fines del Estado; bajo esa óptica estableceremos *grosso modo*, cuáles derechos y libertades serían susceptibles de amparo.

Hasta el momento se ha hablado de un catálogo o grupo de derechos susceptibles de protección en un nivel abstracto de determinación, es decir, un grupo indeterminado de derechos que adquiere concreción al examinar el caso en específico y el acto administrativo en particular, cuyo contenido será el factor determinante de los derechos objeto de tutela cuando se pretenda una protección vía provisoria.

Pero, surge una duda básica ¿Qué derechos o tipos de derechos se comprenden en esta discusión? ¿Es posible establecer una lista específica o determinada de derechos susceptibles de protección?

Sea lo primero afirmar que, nuestro tema de análisis se circunscribe a dos categorías esenciales: los derechos fundamentales y las libertades fundamentales.

La línea de distinción entre estos dos conceptos es muy delgada, dado que, especialmente las libertades, están incluidas dentro del ámbito de los derechos fundamentales, pues su formulación conceptual es bastante extensa. Como quiera que, no tratamos de establecer una discusión nominal o inclusive nomoárquica estableceremos un concepto básico de derechos fundamentales, recordando que, algunos de ellos tienen surgimiento en el postulado básico de la libertad en la ideología del Estado liberal, donde se considera que los administrados pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido, mientras que el Estado solo puede hacer lo que le está permitido. Este principio se torna más trascendente si recordamos que, tratamos de confrontar los derechos fundamentales con la voluntad de algunos organismos de la estructura Estatal.

La Corte Constitucional, en una cadena de razonamientos bastante precisa y que ha determinado uno de los pilares de los derechos fundamentales y su aplicación, definió en la sentencia T-406 de 1992, con ponencia de Ciro Angarita Barón, los derechos fundamentales como:

“(...)El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.(...)

(...)La 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. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales.

No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales. (...)

(...) Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.

Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial.(...)

(...) El carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata. Siendo así, es necesario distinguir entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata. Ante esta dificultad, corresponde a la jurisprudencia, y en especial a la Corte Constitucional, la definición de la naturaleza y alcance de los derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata.(...)” (negrilla fuera de texto)

Como puede verse, los derechos fundamentales están definidos en torno a criterios, que hacen de la Constitución un catálogo flexible, aun cuando se comprenden y se estatuyen ciertos derechos dentro del texto, ello no es inmutable y en buena medida se verá afectado por las decisiones que adopte el juez constitucional. Debe recordarse que, dentro de ese concepto incluyente de derecho fundamental pueden ubicarse algunos de ellos que se tornan en libertades, ello es, en diversas formas de aplicación de la cláusula general de libertad planteada anteriormente, pero que cumplen y obedecen a los mismos criterios.

Ahora, para determinar con mayor precisión aquellos derechos que son susceptibles de ser protegidos, en mayor medida en vía provisorio, sería necesario determinar todas las competencias del Estado y en virtud de las cuales puede encontrarse la expedición de actos administrativos, pues, solo así, podría determinarse qué derechos son objeto de pronunciamiento por parte de la administración y en qué medida pueden otros derechos convertirse en objeto de pronunciamiento.

Nadie duda que esa tarea no pueda ser realizada en su totalidad, y ello tiene fundamento en que, por el mismo carácter de los derechos fundamentales como trasfondo, no puede incurrirse en determinismos o reduccionismos. Por tanto, para determinar los derechos susceptibles de protección será necesario ajustarse a los criterios que para tal efecto ha establecido la Corte Constitucional, de tal manera que, se entenderán como objeto de discusión aquellos derechos que están estatuidos por la Carta Política como fundamentales y aquellos que puedan considerarse como tal, en virtud de la actuación del juez constitucional.

De igual manera resulta relevante destacar que, la relación administrado-Estado y los fines esenciales de dicha relación, marcan una pauta muy importante en la conexidad previamente aludida entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución.

Ahora, al hablar de protección de los derechos fundamentales, y habiendo expuesto los criterios que permiten identificarlos, será preciso establecer una relación entre la vía provisorio y dicha protección, la cual se expondrá a continuación.

2. Deficiencias de la suspensión provisional de los actos administrativos en la protección de derechos fundamentales.

Sobre este aspecto, Antonio Barrera Carbonell, ex Magistrado de la Corte Constitucional, sobre la suspensión provisional, como una institución de eficacia limitada para la protección de los derechos, expuso:

“Tal como aparece regulada en el CCA, la suspensión provisional no puede ser una institución lo suficientemente eficaz e idónea para la protección de los derechos de los administrados. En efecto:

La suspensión sólo procede en el caso de la acción de nulidad cuando exista una manifiesta violación de una norma superior de derecho, que se aprecia por confrontación directa o mediante documentos públicos acompañados con la solicitud. Y en el caso de las acciones distintas a la nulidad, cuando además de dicha violación se demuestre sumariamente el perjuicio que la ejecución del acto acusado causa o podría causar al actor.

Por ser preconstitucionales las normas que la regulan, no se contempló por el legislador como un mecanismo concreto y operativo de protección de los derechos constitucionales fundamentales. La acción contencioso administrativa obviamente sí puede lograr este cometido, pero el cúmulo de asuntos sometidos al conocimiento de los jueces administrativos torna las decisiones de éstos tardías e inoportunas.

Un síntoma de la ineficacia de la suspensión provisional, dada su regulación estricta, justificada posiblemente bajo la vigencia de la Constitución de 1886, es el balance de los pocos casos en que ella ha sido decretada.

La confrontación que ordena hacer el artículo 152 del CCA entre el acto acusado y las normas que invocan como transgredidas, es meramente mecánica, tímida, de constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, por temor al prejuzgamiento, a pesar de que muchas veces los elementos de juicio llevados a su conocimiento fácilmente permiten deducir la violación alegada.

Hoy en día, con fundamento en el principio de la efectividad de los derechos que consagra la Constitución, el temor al prejuzgamiento no debe inhibir al juez para decidir acerca de la protección del derecho, porque lo importante es que dicho amparo se realice en forma oportuna, aún antes de la conclusión del proceso, mediante la adopción de medidas provisorias que aseguren su goce y vigencia, en situaciones de manifiesta violación o de extrema urgencia para evitar perjuicios o situaciones irreparables.

La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlos el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan.

El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales puede, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresiones de aquellos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades – incluidas las judiciales – de protegerlos y hacerlos efectivos (artículo 2, CP).

La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y, asimismo, el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución, se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución.

La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (artículo 228, CP), más aún cuando éste tema emana de la Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales.

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El artículo 238 permite dicha suspensión “por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”. Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (artículo 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional, la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.

En todo caso, cualquiera de las dos vías –la extensión de la suspensión provisional con fundamento en las normas de la Constitución, cuando se trate de amparar los derechos fundamentales, o la reforma de la legislación sobre la materia – conduce a lograr un objetivo benéfico como sería el de reforzar los mecanismos de defensa de los derechos de los administrados, para asegurar aún más sus intangibilidad, contra los poderes y prerrogativas exorbitantes de los administradores públicos³³”.

De la lectura anterior, era posible sostener que, uno de los principales argumentos para plantear una tesis sobre la ineficacia de la suspensión provisional de los actos administrativos radicaba en la tradición legalista que ha gobernado la regulación o contemplación de esta medida cautelar. Ahora bien, la relación entre la vía provisorio y la protección de los derechos fundamentales es perfectamente posible, coherente y apenas natural dentro del contexto de la Constitución de 1991, pero lo que ha predominado hasta el momento es una ineficacia en su aplicación para que pueda cumplir tales fines. En efecto, la cita del profesor Barrera Carbonell demuestra que, la pre constitucionalidad del Decreto 01 de 1984³⁴ y sus procedimientos de inspiración exegética y de apego a la norma, le hacían ineficaz para la protección de los derechos fundamentales; por tanto, un cambio de tales situaciones solo sería posible desde una reforma, reforma a la que se llegó con la Ley 1437 de 2011³⁵.

En conclusión, resulta válido afirmar que se cierne sobre la relación suspensión provisional – protección de los derechos humanos es un asunto de ineficacia, que deberá examinarse de cara a los tránsitos legislativos con la nueva ley. A continuación, examinaremos los principales elementos de dicha tesis de la ineficacia, con la intención de cuestionar si, la nueva legislación Contencioso Administrativa, Ley 1437 de 2011³⁶, conjuró los problemas que le fueron imputados a su legislación predecesora.

1. Tesis de la ineficacia

Desde nuestro punto de vista, la ineficacia de la suspensión provisional para la protección de los derechos fundamentales se sustenta básicamente en dos elementos: el primero corresponde a las distintas formas de vulneración que pueden originarse o evitarse con la aplicación de las medidas cautelares, mediante la precisión de la indefensión. En segundo lugar, la valoración del núcleo esencial de los derechos fundamentales como concepto jurídico indeterminado, y su influencia en la aplicación de las medidas cautelares.

3.1. La indefensión como lesión esencial de los derechos fundamentales respecto de la suspensión provisional de los actos administrativos.

De los criterios señalados para identificar de manera básica un derecho fundamental, hay uno esencial si se quiere emprender la protección de los mismos, indistintamente de la vía en la cual pretenda ejercerse dicha protección, y ese, es el núcleo esencial.

La Corte Constitucional ha entendido el núcleo esencial de los derechos fundamentales como:

“Tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia de esta Corporación coinciden en señalar que la teoría del núcleo esencial se aplica como una garantía reforzada de eficacia normativa de los derechos fundamentales, en tanto que es exigible un mínimo de contenido que vincula y se impone principalmente frente al legislador. En efecto, frente a la indiscutible facultad del legislador de regular e, incluso, de restringir los derechos fundamentales de las personas, el deber de respetar su núcleo esencial aparece como una barrera insuperable que es exigible para evitar que la limitación del derecho se convierta en su anulación o para impedir que se despoje de su necesaria protección.

El núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. En sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental. O, también, puede verse como la parte del derecho fundamental que no admite restricción porque en caso de hacerlo resulta impracticable o se desnaturaliza su ejercicio o su necesaria protección.

Los criterios que sirven de apoyo para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, son principalmente dos: i) hacen

parte del núcleo esencial las características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría y, ii) integran el núcleo esas atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que al limitarlas el derecho fundamental se hace impracticable.

Esto explica entonces por qué el constituyente exigió que la regulación del núcleo esencial de los derechos fundamentales esté sometida a la reserva de ley estatutaria, pues es evidente que la brecha que separa la limitación legítima del núcleo y su anulación (que por ese hecho resultaría contraria a la Constitución) no sólo es muy sensible, sino que además requiere de un debate legislativo responsable, consciente y fundamentado que soporte la decisión³⁷”.

Fuera de las consideraciones que la Corte ha esgrimido en sus pronunciamientos frente al núcleo esencial de los derechos, ese mínimo esencial de contenido vincula de manera interpretativa a todos los estamentos de la parte orgánica del Estado, pues, como ya se ha expresado, la dualidad dogmática-orgánica de la Constitución no es excluyente entre cada una de estas partes sino más bien incluyente.

Así mismo, los apartes citados nos llevan a concluir que, cada derecho tiene algunas características que conforman su núcleo esencial y que son su impronta, sin la cual no podrían entenderse. No obstante, pueden identificarse elementos comunes que integran el núcleo esencial de todos los derechos y que devienen de su naturaleza de fundamentales.

Es así como, frente a mecanismos procesales como la suspensión provisional de los actos administrativos, podemos identificar un elemento común entre los derechos, que hace parte del núcleo esencial y que determina, en buena parte, un argumento sólido para plantear la necesidad de protección de los derechos fundamentales en esta vía, el cual debe entenderse dentro de la discusión de los derechos fundamentales: **la exigibilidad**.

Como viene dicho, la exigibilidad es un elemento que se puede encontrar en todos los derechos fundamentales y ello acaece de su definición. Su eficacia directa, implica el deber de considerar dentro de su núcleo esencial una suerte de cláusula general de exigibilidad; cláusula que al mismo tiempo es un límite para el ordenamiento jurídico y le significa un deber consistente en armonizar sus elementos con dichos derechos y respetarlos, todo lo anterior derivado del sistema interpretativo con origen en la Constitución.

Por tanto, el hecho de que algún elemento del ordenamiento, entiéndase la suspensión provisional del acto administrativo para nuestro caso, tenga fallas en asegurar la exigibilidad de los derechos fundamentales y su protección, marca una violación al núcleo esencial de los derechos debatidos respecto del contenido del acto, violación que se concreta y realiza a través de la indefensión.

Por otro lado, la indefensión se plantea, en esencia, como “la imposibilidad de una persona en reaccionar o responder de manera efectiva a la violación de sus derechos fundamentales³⁸”. A ello debe agregarse que, la imposibilidad de reaccionar se cierne sobre todo tipo de manifestaciones posibles, sean estas jurídicas o no. De cierta forma, entendiendo la indefensión asociada a las manifestaciones del ordenamiento jurídico, puede decirse que este concepto es una antítesis de lo que representa la tutela judicial efectiva, y más allá de ello, afecta la eficacia directa de todos los derechos y lo que hemos tildado como cláusula general de exigibilidad y protección de los mismos, elemento integrante de su núcleo esencial.

En el punto de la suspensión provisional de los actos administrativos, puede establecerse que, con las fallas observadas en la protección de los derechos fundamentales en la regulación de este mecanismo, se configuran distintos niveles de indefensión. Indefensión que vulnera toscamente la finalidad de las medidas cautelares: la tutela judicial efectiva. Adicionalmente, y más allá del contrasentido que implica que una medida cautelar vulnere en algún nivel la tutela judicial efectiva, por tener los actos administrativos y su contenido, como objeto de tutela la suspensión provisional, un catálogo de derechos fundamentales susceptibles de protección, la indefensión asociada a esta herramienta procesal se configura como una lesión al núcleo esencial y básico de todos los derechos que se encuentren bajo estudio, empezando por la tutela judicial efectiva y continuando con los derechos fundamentales en abstracto que hagan parte del contenido del acto administrativo en particular.

De lo anterior se puede concluir que, los distintos vacíos e imprecisiones normativas que impiden una protección eficaz de los derechos fundamentales mediante la vía provisorio, solo por existir, se encuentran vulnerando el núcleo esencial de todos los derechos fundamentales, dado que, impiden su eficacia directa y la exigibilidad de los mismos.

3.2.- El núcleo esencial como concepto jurídico indeterminado no valorado en la decisión de la suspensión provisional de actos administrativos

Ahora bien, otro aspecto que debe examinarse en el punto de los derechos fundamentales y la suspensión provisional de los actos administrativos, corresponde al papel que le asiste a la interpretación de tales derechos en la actividad desempeñada por el operador jurídico que aplica la vía provisorio.

Ya hemos reflexionado sobre el apego de la figura de la suspensión provisional a los cánones exegéticos y legales, lo que, sin lugar a dudas, es producto de la arraigada tradición legalista de nuestro ordenamiento. Aun así, las transformaciones empleadas por la Constitución de 1991 son radicales, y poco a poco han ido haciendo mella en la usanza; una muestra de ello reside en las formas interpretativas del lenguaje jurídico, con ocasión de

la introducción de conceptos metajurídicos, como son los derechos fundamentales, y sus exigencias hermenéuticas, las cuales han dejado en obsolescencia el criterio exegético.

Lo anterior cobra mayor relevancia a la luz del análisis realizado en torno al núcleo esencial de los derechos fundamentales, y la suspensión provisional como medida cautelar que desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva. De ambas premisas es dable extraer que, la interpretación que debe obrar por parte de los operadores jurídicos dentro del análisis de suspensión provisional de un acto administrativo, debe estar íntimamente ligada con los derechos fundamentales y su núcleo esencial, sin embargo, ello no opera de esa forma, especialmente porque, la aplicación de la suspensión provisional está regida por un proceso taxativo, que no ha permitido la inclusión de criterios que permitan una valoración adecuada de las vulneraciones a los derechos fundamentales, esto es, un grupo de elementos que permitan el examen del núcleo esencial de los derechos fundamentales como concepto jurídico indeterminado objeto de valoración.

Un concepto jurídico indeterminado, puede definirse como:

“Como la composición misma del sintagma conceptos jurídicos indeterminados lo sugiere, esta categoría indirectamente supone el contraste con la de los conceptos jurídicos determinados, en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado - cuando menos en línea de principio- de una manera precisa e inequívoca (verbigracia, conceptos como los de mayoría de edad, la edad de jubilación a los 65 años o el plazo para interponer un recurso, en fin, los numéricos o que expresan cantidades, que serían los únicos exentos de adolecer de algún grado de indeterminación). Por el contrario, los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados³⁹.”

El núcleo esencial de los derechos fundamentales, dadas las características examinadas anteriormente, puede incluirse dentro de los conceptos jurídicos indeterminados, especialmente, por la naturaleza metajurídica de los enunciados que comprenden dichos derechos. Ahora, ello implica que, si bien no es posible delimitar todos sus elementos, en sede de su aplicación, es posible esgrimir algunos criterios, a nivel general (como lo relativo a la indefensión) y otros a nivel particular, dependiendo de cada derecho. No obstante, la labor del juez en el procedimiento de aplicación de la vía provisorio, no cuenta con los elementos suficientes para realizar este examen, especialmente porque debe apegarse irrestrictamente a lo estipulado en la ley, y la valoración de un concepto jurídico indeterminado requiere un nivel de discrecionalidad que aún no ha sido razonado en el ordenamiento.

Estas consideraciones aumentan la convicción sobre la importancia de modificar la relación existente entre los derechos fundamentales y la suspensión provisional de los actos administrativos, dado que, su conexión está plenamente establecida y ella repercute, como se ha mostrado, en las bases del ordenamiento constitucional.

3.3 ¿Es insuficiente el acervo normativo actual para que la suspensión provisional de actos administrativos proteja los derechos fundamentales?

Consideramos que, la suspensión provisional de los actos administrativos, contenida en la Ley 1437 de 2011⁴⁰, en cierta medida mantiene las ineficacia de esta institución, a que hemos venido haciendo alusión a largo de este ensayo, para la protección de los derechos fundamentales. Tal afirmación reside en que, la eficacia, como se vio expuesto anteriormente, se encuentra condicionada por elementos predominantemente interpretativos, sobre los cuales la norma no se ha pronunciado, aun cuando este debate era una necesidad manifiesta surgida del estudio del Decreto 01 de 1984⁴¹.

Ahora, si bien los pronunciamientos que el Legislador puede hacer sobre los criterios y condicionamientos interpretativos del ordenamiento constitucional son pocos, no es menos cierto que, desde la contemplación normativa es posible encausar los procedimientos de tal forma que pudiera favorecerse la protección de los derechos fundamentales en vía provisoria. Estos eventos cobran más importancia si se impone la crítica de ser ésta una legislación expedida bajo un desarrollo fecundo y próspero de los derechos fundamentales y su interpretación, a más de producirse después de 20 años de la Constitución, con diagnósticos previos y herramientas suficientes para su tratamiento.

No está demás resaltar que, el contexto que la Ley 1437 de 2011⁴² trae sobre medidas cautelares, dentro de ellos la suspensión provisional, favorece la interacción entre los derechos fundamentales y los mecanismos de aplicación de la tutela cautelar. Adicionalmente, se ha probado que, la relación entre ambos polos existe, y es apenas necesaria si se examina la doctrina constitucional de los últimos años, pero se puntualiza también que lo que se ha criticado y señalado en el presente análisis, es que las elaboraciones y criterios de aplicación de la suspensión provisional, la han tornado en ineficaz, de manera persistente.

Desde esa perspectiva, nos permitiremos entonces elevar algunas propuestas sobre el tema examinado.

3.4. Propuestas ante la ineficacia de la suspensión provisional de los actos administrativos en la defensa de los derechos fundamentales.

Plantear soluciones a los problemas que la Ley 1437 de 2011⁴³ no pudo cubrir, no puede originarse bajo pretensiones de corrección.

Es preciso entender que la discusión sobre la suspensión provisional de los actos administrativos y la protección de los derechos fundamentales, es una discusión reciente, máxime si se tiene en cuenta que involucra los estribos de nuestro pensamiento jurídico.

Adicionalmente, la propuesta debe surgir del análisis planteado, derivándose de los aspectos que buscan solventarse, sin aducir que los mismos serán soluciones definitivas e intemporales. De hecho, en el mejor de los casos, las propuestas a realizarse no serán respuestas concretas a las deficiencias, sino enunciados guía u orientadores, que permitan ampliar la discusión sobre las formas de armonizar la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con los postulados de la norma constitucional.

Como punto de partida debe tenerse una propuesta de carácter global en torno a la Jurisdicción: la interpretación de las normas, y los actos administrativos para nuestro caso, deben realizarse bajo una óptica constitucional, excluyendo orientaciones exegéticas y haciendo énfasis sobre la importancia de la jurisprudencia constitucional y las indicaciones por ella impartidas, especialmente por ser la última una manifestación de la interpretación constitucional.

La necesidad de esta propuesta surge en la renuencia de los aspectos procesales del derecho, y de los sujetos que los aplican, a adaptarse al modelo constitucional, especialmente por tener como antecedente la tan citada tradición legalista.

Así mismo, resulta importante aclarar que el juez de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no puede distanciarse del juez de tutela, especialmente en los fines que persiguen, pues, aunque se encuentran diferencias en el ámbito formal y sustancial, estructuralmente tanto unos como otros fines, son guiados por la Constitución y las metas que ella impone.

Partiendo de esa precisión general, y entendiéndola como un catalizador de los fines que nos hemos planteado, se señalarán dos propuestas en concreto, sobre la suspensión provisional de los actos administrativos y la protección de los derechos fundamentales.

La primera de ellas se circunscribe al robustecimiento de los poderes delegados al juez. En la Ley 1437 de 2011⁴⁴ se evidencia el fortalecimiento de la oficiosidad del juez en torno al decreto de medidas cautelares que busquen la prevención, anticipación o conservación. En este punto, debería pensarse en conminar al juez a ejercitar dicha prerrogativa, inclusive plantearlo como una obligación, en los casos en los cuales se detecte una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, enfatizando que frente a la suspensión provisional de los actos administrativos existe un cúmulo de derechos fundamentales en abstracto susceptibles de protección, adicionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso que son planteados en concreto y cuya protección se torna

mucho más efectiva, situación que no siempre es susceptible de ser avizorada por el actor. Consideramos que se acabaron los tiempos del juez timorato en la protección de los derechos fundamentales bajo el temor de decidir y dejándole al superior que sea quien defina y proteja los derechos del ciudadano.

En este aspecto se reitera, remitiéndonos a la propuesta global, que el juez ordinario como el de tutela tienen encomendado un fin constitucional de máxima relevancia: la protección de los derechos fundamentales.

Las precisiones de este primer punto nos conducen inevitablemente a la segunda propuesta en concreto: el papel de la ponderación entre los diversos intereses. La realización de un juicio de ponderación, entre el interés general y el particular, debe tener en cuenta que, en sede de determinar los principios a ponderar, hay que considerar a los derechos fundamentales entendidos por su núcleo esencial, como parte del interés particular, más allá de que los mismos no se aleguen o inclusive, más allá de las pretensiones del recurrente. Ello por cuanto, de esa forma se garantiza que el juicio de ponderación se entienda como lo que realmente es, una derivación del sub-principio de proporcionalidad en estricto sentido, orientada a determinar que “exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada⁴⁵”. No está demás señalar que, desde el interés general también pueden establecerse principios constitucionales de alta relevancia, que ameriten un despliegue extenso de su concepción.

La anterior consideración cobra importancia en la suspensión provisional de los actos administrativos, al indicar que, este paso no es un simple comentario sobre la tensión de los intereses y la validez de los mismos, sino que realmente debe constituirse en una herramienta que permita incluir en una evaluación costo-beneficio con un carácter objetivo, la situación de los derechos fundamentales del sujeto en cuestión, esto es, su tutela judicial efectiva y debido proceso, pero, especialmente aquellos derechos en abstracto que deben dilucidarse del propio acto, contrarrestándolos con los argumentos que defienden el interés general y no con la presunción de legalidad de los actos administrativos en abstracto que, para el estudio que nos compete, habitualmente se cierne como un objetivo infranqueable.

Como se manifestó inicialmente, las propuestas se dirigen a generar elementos dentro de la discusión y estudio de la suspensión provisional, de cara a los derechos fundamentales y la necesidad de considerarlos integrados a todo el orden jurídico, por mandato de la Constitución. Esos esfuerzos están orientados a la formación de un verdadero Estado Constitucional Administrativo, que finalmente es como está nominada la armonía entre la rama del Derecho Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con las ideas y principios constitucionales.

²²Magistrado Tribunal Administrativo de Bolívar.

²³Ibíd.

²⁴Decreto 01 de 1984. “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”.

²⁵Decreto 01 de 1984. “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”.

²⁶Correa Palacio Estella. Las medidas cautelares ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pág. 143 y ss, .memorias, Seminario Franco Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. 2008.

²⁷Decreto 01 de 1984. “por el cual se reforma el código contencioso administrativo”.

²⁸Ley 1437 de 2011. “por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”.

²⁹De la Sierra, Susana. “tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo”. ed. Aranzadi 2004- navarra. p.115.

³⁰Citado por chinchilla Marín, Carmen. “la tutela cautelar en la nueva jurisdicción administrativa”. ed. civitas, Madrid, 1.991. p. 28-

³¹Ibíd., p. 31.

³²Chinchilla, op. cit. p. 31.

³³Corte constitucional. sentencia t-406-92. m.p: .Ciro Angarita Barón.

³⁴Barrera Carbonell, Antonio. Hacia una nueva crítica de la suspensión provisional de los Actos Administrativos en Colombia. p. 910-912. Disponible en:<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art1.htm> 17/12/13 01:25 p.m.

³⁵Decreto 01 de 1984. “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”.

³⁶Ley 1437 de 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

³⁷Ibíd.

³⁸Corte Constitucional. Sentencia C-756-08. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁹Corte Constitucional. Sentencia T-152-06. M.P: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁰Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: figuras próximas o antagónicas; Hugo Alberto Marín Hernández; s.f.

⁴¹Ley 1437 de 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁴²Decreto 01 de 1984. “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”.

⁴³Ley 1437 de 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁴⁴Ibíd.

⁴⁵Ley 1437 de 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁴⁶Corte Constitucional. Sentencia C-640-12. M.P: Dra. María Victoria Calle Correa.

LA PRUEBA DE OFICIO: REFLEXIONES SOBRE SU DECRETO EN LA AUDIENCIA INICIAL DEL PROCESO ORDINARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

HIRINA MEZA RHÉNAL⁴⁶

Resumen

El presente artículo pretende analizar el alcance interpretativo del contenido del artículo 213 del CPACA, a partir de un esbozo de las distintas aristas que conforman el decreto oficioso de pruebas a la luz del estado social de derecho. Se defenderá la tesis de que la mencionada norma no supone una disminución de la esfera de los poderes oficiosos del juez, sino que éste deberá determinar en cada caso, a través de un ejercicio de ponderación, la viabilidad o no de decretar pruebas de oficio cuando las partes no hayan solicitado su práctica.

Abstract

This article pretends to analyze the content's scope of the CPACA 213 article in term of interpretation, taking into account, the sketch of the different edges that conforms the unofficial decree in the light of the evidence in the social state of law. The article is focused on the thesis that is not supposed a decree on the unofficial powers judge' sphere, but it has to be determined in each case through a balancing exercise, their viability when evidence has not been required by the parties.

Palabras Claves

Decreto oficioso de pruebas, estado social de derecho, tutela judicial efectiva, ponderación, iniciativa probatoria.

Key words

Unofficial decree of evidence, social state of law, balancing, effective judicial constitutional protection, probative initiative.

Introducción

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991⁴⁷, la jurisdicción especializada contenciosa administrativa colombiana se ha visto compelida a trascender de su papel de juzgadora de la legalidad, al de garante de los principios, valores y derechos contenidos en la Carta, avance en cuyo

curso se hizo evidente la necesidad de introducir cambios en las normas rectoras de su accionar, que son las mismas que rigen el proceso judicial contencioso administrativo.

Es así como ante el rezago del Código Contencioso Administrativo – CCA⁴⁸ -, contenido principalmente en el Decreto 01 de 1984 y las disposiciones reformativas del mismo, se gestó la expedición de un nuevo código, lográndose la promulgación de la ley 1437 de 2011, en virtud de la cual se adopta el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo – CPACA -, estatuto que revela sin ambages, tanto en su primera parte destinada a regular el procedimiento administrativo, como en su segunda dirigida a normar las instituciones jurídicas del trámite judicial, que su razón de ser es la efectividad de los derechos reconocidos por el ordenamiento superior y la ley, y la preservación del orden jurídico⁴⁹.

En ese contexto, tiene por objetivo este artículo, analizar el giro que debe darse a los poderes del operador judicial contencioso administrativo en materia probatoria, de cara a las preceptivas constitucionales que conllevaron a la expedición del nuevo CPACA, lo que se hará, a partir del estudio de una problemática concreta, que se resume en el siguiente interrogante:

¿Puede el operador judicial contencioso administrativo decretar pruebas de oficio en la audiencia inicial del proceso ordinario de única o primera instancia, cuando las partes no han solicitado la práctica de pruebas?

Interrogante que se plantea en razón al texto del artículo 213 del CPACA, norma de cuyo contenido se ha inferido por algunos estudiosos del derecho, que el juez cuando las partes no han solicitado pruebas, tiene vedado ejercer su poder oficioso de decretarlas.

Frente a lo anterior, debe indagarse cuál es el verdadero alcance de dicho artículo, asunto cuya

definición es de suma importancia no sólo porque los juzgadores del contencioso administrativo deben conocer plenamente sus límites en materia de competencias probatorias, sino por la estrecha relación que hay entre éstas y la tutela efectiva de los derechos de los usuarios de la justicia.

En ese orden, la decisión de emprender este proyecto académico parte de la necesidad de dar una respuesta científica a la citada problemática, respuesta que no ha sido dada por otros investigadores, quienes se han limitado a hacer una interpretación literal de la mencionada norma. Ahora bien, la hipótesis que se sustentará responde positivamente la pregunta formulada y para su verificación se ha utilizado el método de investigación cualitativo bibliográfico.

NÚCLEO TEMÁTICO: Decreto oficioso de pruebas en la audiencia inicial del proceso ordinario contencioso administrativo

En virtud de la vigencia de la ley 1437 del 18 de enero de 2011⁵⁰, adoptó Colombia un modelo de proceso común⁵¹ cuya forma se materializa en algunas etapas por escrito – desde la presentación y admisión de la demanda hasta su contestación⁵² - y en otras, oralmente⁵³ – audiencias de iniciación, pruebas y alegaciones y juzgamiento⁵⁴ -.

En armonía, dispone el artículo 180 ibídem, que vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el juez o magistrado ponente convocará a una audiencia – conocida como audiencia inicial -, en la que se deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias; resolver las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva; de no darse los supuestos para terminar por la vía de las excepciones el trámite, deberá indagarse a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo y los demás extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la de reconvención, si a ello hubiere lugar, y con fundamento en la respuesta, proceder a la fijación de litigio; invitar a las partes a conciliar sus diferencias; pronunciarse sobre la petición de medidas cautelares pendientes y por último, - numeral 10 del artículo 180 en cita - decretar las pruebas necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad.

En razón de lo precedente, constituye la audiencia inicial el punto de partida en el que se llevan a cabo las actuaciones requeridas para que al continuar con las etapas restantes, esté el juez en capacidad de dictar sentencia de fondo en la primera o única instancia del caso concreto.

En lo que interesa al presente ensayo, es relevante afirmar que es dicha audiencia la oportunidad primera en la que el juez puede⁵⁵ decretar de oficio las pruebas que se requiera para esclarecer los hechos en litigio, las cuales deberán practicarse en la siguiente audiencia, regulada en el artículo 181 ibídem - audiencia de pruebas -. En esa línea, dispone el artículo 213 del CPACA -negrillas propias para hacer énfasis -:

En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.

Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decrete pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decrete.

Prevé la norma trascrita dos oportunidades precisas para ordenar pruebas de oficio, una primera, en cualquiera de las instancias, al momento en que se decrete las pedidas por las partes. Y otra, en el momento anterior a dictar la sentencia, decreto de pruebas que la doctrina ha tratado como autos para mejor proveer o diligencias previas a proveer. Así mismo, establece, superando el vacío del anterior CCA, la forma en que se propiciará la contradicción o contraprueba de las evidencias oficiosamente ordenadas por el juzgador.

Con todo, enmarcados en el objetivo que motivó esta investigación, se priorizó el estudio de la primera de esas oportunidades y específicamente, el ejercicio de la iniciativa judicial probatoria en el curso de la primera o única instancia del proceso común de lo contencioso administrativo⁵⁶.

En ese norte, concordados los artículos 180 numeral 10 y 213 del CPACA, se verifica que el decreto de las pruebas en la primera o única instancia, debe hacerse en la audiencia inicial, diligencia en la que el juez ordenará practicar tanto las pedidas por las partes - siempre y cuando se requieran para la acreditación de los hechos que se discuten -, como las de oficio que considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad.

En cuanto a la forma en que ha de decretarse y practicarse las pruebas de oficio, dispone la segunda de las normas en cita que se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes, mandato de cuya lectura surge el siguiente interrogante:

¿Puede el operador judicial contencioso administrativo decretar pruebas de oficio en la audiencia inicial del proceso ordinario de única o primera instancia, cuándo las partes no han solicitado la práctica de pruebas?

Enfáticese en que tipifica el artículo 213 transcrito, cómo debe ejercerse la iniciativa judicial encaminada a recaudar probanzas, cuando ha habido peticiones probatorias de las partes, supuesto fáctico en que unas y otras se decretan y practican conjuntamente. Sin embargo, no prevé dicha norma⁵⁷ cómo se decretan y practican las pruebas de oficio, en aquellos casos en los que las partes de la contienda no solicitan el decreto y práctica de medios probatorios⁵⁸.

En torno a la problemática descrita, la hipótesis con la que se inició este trabajo y que el método bibliográfico ha permitido verificar, es que sí puede el operador judicial contencioso administrativo decretar pruebas de oficio en la audiencia inicial de la primera o única instancia del proceso común, aun cuando las partes no hayan solicitado la práctica de pruebas y siempre que el recaudo de éstas sea necesario para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos objeto de controversia.

La oposición a la tesis

Se constató a lo largo de la investigación que el estado del arte sobre la problemática cuya solución se ha indicado, apenas está en proceso de construcción, tanto por la vía doctrinal, como jurisprudencial, lo que se debe a que el interrogante surge con la entrada en vigencia del nuevo estatuto procesal administrativo, razón por la cual no ha sido directamente tratado en forma prolija, sin embargo, sí que lo ha sido, la temática en torno a la cual gira, cual es el decreto oficioso de pruebas como instrumento para materializar el derecho fundamental de acceso a la justicia y por ende, la tutela efectiva de derechos.

De acuerdo con lo anterior, y para establecer el punto de entrada de la conversación académica en torno a la tesis que se constata, se encontró que ALVARO NAMÉN VARGAS⁵⁹ –quien se desempeñó como secretario técnico de la comisión de reforma del CCA, lo que pone de relieve la pertinencia de su consulta y actualmente se desempeña como Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado –, da por sentado que, al suprimirse en el nuevo código, la expresión del artículo 169 del CCA pero si estas no las solicitan, el ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista, debe entenderse que no se puede en esa etapa del proceso, decretar pruebas de oficio si las partes no han solicitado pruebas.

Tesis que sustenta en (i) el sistema dispositivo marcado por la oralidad que fue, a su modo de ver⁶⁰, el que escogió el legislador al regular el proceso contencioso administrativo y conforme al cual la

tarea investigativa se deja a las partes, sin perjuicio de que el juez excepcionalmente y cuando sea estrictamente necesario, ejercite su poder inquisitivo y (ii) en que la necesidad de combatir la grave congestión de la jurisdicción, impone la adopción de medidas que faciliten la labor judicial⁶¹.

Así, sintetiza el aludido autor su punto de vista, manifestando que la adopción de un proceso contencioso administrativo, bajo un sistema mixto fuertemente marcado por elementos de oralidad, implica pasar de uno fuertemente inquisitivo como es el actual –aludiendo al anterior CCA–, en el que el juez tiene amplias posibilidades de decretar pruebas de oficio, a un proceso predominantemente dispositivo, conforme al cual a cada una de las partes corresponde la prueba de los hechos en que funda sus pretensiones o excepciones o defensas.

Concepción igual, se expone en los comentarios que al CPACA hace un grupo de autores en la edición de BENAVIDES⁶², adicionándose en estos que es una hipótesis remota aquella en que las partes no soliciten pruebas, aplicable quizás para controversias de puro derecho, pues por lo regular con la demanda se acompañan medios de pruebas, lo que abriría la posibilidad del decreto oficioso de otras.

Ahora, habiéndose basado las tesis opuestas en los antecedentes del CPACA, que es de los que pretende inferirse el discurso que se ha dejado expuesto, fue indispensable auscultar estos, a efectos de conocer la solidez del argumento contrario.

En ese sentido, léida la exposición de motivos del proyecto de ley No. 198 de 2009 Senado, que precedió la discusión y posterior aprobación y expedición por parte del Congreso de la República del CPACA, podría pensarse que fue el querer del legislador eliminar la posibilidad de que el juez decreta pruebas de oficio en la audiencia inicial, cuando las partes no han pedido estas y dado que son ellas las que tienen la carga demostrativa de sus posiciones dentro de la lis.

Pensamiento que emana del estudio de los párrafos referidos a la materia probatoria, según los cuales se estimó como relevante, para el logro de los objetivos de ese estatuto, el fortalecimiento de los poderes del juez en materia probatoria, ratificándose el de decretar pruebas de oficio, pero dejando sentado que dicho decreto se haría junto con aquellas solicitadas por las partes y cuando fueren necesarias para esclarecer los hechos objeto de controversia⁶³.

En suma, los anteriores argumentos sobre el problema objeto de estudio, reafirman la importancia y la necesidad de abordar la temática, especialmente en espacios como el de esta Revista, conmemorativa de los 100 años del Tribunal Administrativo de Bolívar.

Solución a la problemática de investigación.
Conclusiones

Si bien una lectura literal del artículo 213 CPACA y de la parte pertinente de la exposición de motivos que lo precedió, podría llevar a concluir que se está frente a una restricción legal de la iniciativa judicial probatoria, aplicado el método cualitativo bibliográfico⁶⁴ al que se ha acudido para realizar este artículo, debe descartarse tal entendimiento.

En efecto, es evidente que las interpretaciones de los juristas a que se ha hecho referencia, formuladas con una visión opuesta a la que aquí se verifica, en lugar de reflejar el contexto de constitucionalización procesal⁶⁵ en el que se justificó expedir el nuevo CPACA⁶⁶, hacen prevalecer la necesidad de descongestionar la jurisdicción contenciosa administrativa, propósito que aunque a todas luces loable y necesario, es insuficiente para privar al juez del estado social de derecho, de su deber natural de dirigir el proceso desde la audiencia inicial, a la búsqueda de la verdad más próxima a la justicia material, tarea para la cual de requerirse, debe estar dotado de iniciativa probatoria.

En ese sentido, se encuentra pleno respaldo en estudios como los del profesor español JOAN PICÓ I JUNOY⁶⁷, quien al justificar la iniciativa judicial probatoria⁶⁸, y basado en la protección judicial efectiva consagrada en el artículo 24.2 de la Carta española, argumenta que si el objetivo de todo proceso es que los jueces apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, restringirles dicha iniciativa supone limitar la aludida garantía constitucional⁶⁹.

Igualmente, en razonamientos como el de RAMÍREZ CARVAJAL⁷⁰, al expresar que en Colombia también ha cambiado el concepto de dispositividad como sistema de aducción probatoria⁷¹, a partir de la adopción del estado social de derecho, entendiéndose que en virtud del mismo se regula las cargas de disposición entre los sujetos procesales, respetando al juzgador los poderes de oficio, por ser el agente estatal responsable de garantizar los derechos constitucionales mediante la función judicial y respetando a las partes sus derechos de igualdad, debido proceso, contradicción y defensa, todo lo cual muestra la compatibilidad entre el proceso adversarial y el inquisitivo⁷².

En nexa con la posición que viene sosteniéndose, ha de tenerse presente que el sistema procesal que en materia probatoria adopta el CPACA, no es realmente el dispositivo, sino un sistema caracterizado por la mixtura que resulta de poner en franco diálogo categorías de los vetustos sistemas radicales dispositivo e inquisitivo. También, que el decreto oficioso de pruebas en el proceso contencioso administrativo, es un deber del juez⁷³ que responde a su obligación de propender por la justicia material⁷⁴, de manera que interpretación alejada de esas premisas, no está acorde con los principios y valores de la Carta.

Se aclara que la tesis en torno a la cual se ha venido argumentando, no desconoce las reglas de distribución de la carga de la prueba⁷⁵, pues hacerlo implicaría a su vez, de algún modo, afectar el núcleo esencial del derecho a la igualdad⁷⁶, tan caro al debido proceso; lo que propende dicha tesis, es porque se le dé a esas reglas su real y exclusiva dimensión de instrumentos procesales⁷⁷ y que se tenga claro que en ningún caso, bajo el imperio del artículo 228 superior, pueden prevalecer estas, sobre la tutela efectiva de derechos que legitima la existencia del estado⁷⁸.

En esa línea, no sería de recibo que el juez de la jurisdicción contenciosa administrativa⁷⁹, basado en que no debe asumir cargas que son de las partes, renuncie a la función pública que tiene constitucionalmente atribuida y en un caso concreto, en lugar de ejercer su iniciativa probatoria en aras de aclarar la situación fáctica objeto de controversia, proceda en la audiencia inicial, al no haber las partes pedido pruebas, a emitir fallo, no sólo dejando la justicia al arbitrio de demandante y demandado, sino desconociendo la realidad que se abstuvo de hurgar y, de contera, alejándose de su tarea de contribuir, desde su desempeño, a la convivencia social, soportada precisamente, en la justicia.

Como complemento de lo hasta aquí expuesto, debe reafirmarse que el ejercicio de la iniciativa probatoria por parte del juez, en (i) la audiencia inicial – habiendo las partes pedido o no pruebas -, (ii) antes de dictar sentencia o (iii) en cualquier otra oportunidad legal, está en todo caso sujeto a límites constitucionales y legales, límites que hacen completamente compatible el decreto oficioso de pruebas, con principios y garantías como el debido proceso, la igualdad procesal, el derecho de defensa, la publicidad y la contradicción.

En ese sentido, el temor que podría causar el decreto oficioso de pruebas, tiene que ser superado⁸⁰, al saber que las partes y en especial la que se sienta afectada, tienen asegurado a plenitud (i) su derecho a que las pruebas que se decrete oficiosamente serán sólo las relativas a hechos por ellas propuestos⁸¹, necesarias y relevantes para aclarar éstos, lícitas, pertinentes y conducentes; (ii) su garantía de poder refutar el decreto oficial, cuando estimen que falla alguno de esos elementos y (iii) su oportunidad de participar en el recaudo de las probanzas, presentar y pedir contra evidencias y participar también en el acopio de estas; de manera, que con todas esas garantías⁸², se enaltece la igualdad de armas de los partícipes de la lis, principio cuyo alcance hace imperativo dar a éstos un mismo trato normativo y judicial dentro del proceso.

Ahora, podría decirse en defensa de la tesis que ha quedado rebatida, que la veda derivada del artículo 213 CPACA, en torno a la audiencia inicial de proceso en el que las partes no han pedido que se decrete medios probatorios, no vulnera el derecho constitucional fundamental a la prueba, previsto en el artículo 29 superior, en tanto que el juez, más

adelante, es decir, antes de proveer, podrá decretar pruebas oficiosamente, aunque las partes no hubieren pedido estas y por tanto no se hubieren decretado.

Frente al anterior argumento ex ante - no se ha encontrado doctrina que lo alegue pero en todo caso debe contrarrestarse -, debe contestarse en forma categórica y fundada, que sería incongruente pensar que el proceso, serie ordenada de actos, prive al operador judicial en lo contencioso administrativo, de decretar pruebas de oficio relevantes en la audiencia inicial, sancionando de esa forma a las partes por no haber pedido pruebas, pero que luego, a último momento, al momento de fallar, se flexibilice y sin dar importancia a la conducta de las partes, reordene la búsqueda de su fin y ahí sí, sin restricción, decrete el juzgador las pruebas necesarias – pruebas cuyo requerimiento de acopio se ha identificado desde el inicio de la causa⁸³ -.

Y es que adicionalmente al principio de ordenación, también resultaría afectado el de economía procesal, pues si desde la audiencia inicial, se hace palmario para el juez, al fijar el litigio, que las partes han omitido pedir medios de prueba trascendentes para la solución justa de la causa, entonces, ¿para qué esperar, dejando que el proceso pase de esa etapa a las demás y que llegue al momento de ser fallado, para ahí sí, sin la restricción referida, proceder a iniciar por decisión oficial, el debate probatorio antes omitido?.

Continuando con la línea de razonamiento que sustenta la solución al problema de investigación, debe decirse que conoce la autora de este texto, que el ejercicio de la iniciativa probatoria implica una mayor carga para los operadores judiciales contencioso administrativos, y que otro de los estímulos que tuvo la reforma procesal administrativa, fue la grave congestión judicial que aún hoy afecta al país y en especial a esta jurisdicción⁸⁴ y que atenta contra los mandatos constitucionales de una justicia pronta y cumplida.

Con todo, aunque el cumplimiento de los términos y la prontitud que se impone a la justicia, son garantías evidentemente importantes, no dejan de ser un medio que de manera alguna pueda anteponerse al fin estatal de asegurar la tutela judicial efectiva, de modo, que no sería ponderado justificar la prohibición de que el juez ejercite su iniciativa probatoria desde la audiencia inicial, - aun en desarmonía con la conducta omisiva de las partes y siempre que el esclarecimiento de los hechos así lo haga necesario -, con el argumento de que permitirselo, atrasaría los plazos de solución de las causas⁸⁵ .

Enfáticese en que por los especiales intereses que se ventilan en el proceso contencioso administrativo, con incidencia en el orden económico social y en el goce de los derechos fundamentales, existe un claro esmero constitucional en que este se adelante con rapidez y en condiciones de igualdad para las partes. Sin embargo, ha destacado la jurisprudencia que no obstante la importancia de los principios de

celeridad y eficacia en este ámbito, lo cierto es que estos deben encontrar un equilibrio con la garantía al debido proceso⁸⁶, es decir con el derecho de las partes a la verdad⁸⁷ .

Ahondando en explicaciones que muestren la solidez del método que permite confirmar la tesis que ocupa este estudio, se encuentra concordante con esta, que la Corte Constitucional reitera en forma frecuente⁸⁸, la trascendencia que para el debido proceso, la igualdad y el acceso a la justicia, tiene el cabal ejercicio de la iniciativa judicial probatoria⁸⁹, al calificar como defecto fáctico⁹⁰, adjetivo o procedimental, la omisión en el desarrollo de dicha iniciativa, en aquellos casos en que hechos relevantes para la solución de la causa, no son comprobados porque las partes no han cumplido con su carga demostrativa⁹¹ .

Trascendencia que emana de la garantía efectiva y real de los principios y derechos fundamentales, que debe realizarse especialmente en el ámbito probatorio del proceso judicial contencioso administrativo, pues es ese el escenario en el que se busca reconstruir los hechos que llevarán al juez al convencimiento sobre la forma en que debe sentenciar⁹², de cara a contribuir a la convivencia y desterrar toda forma de justicia privada⁹³ .

Y es que debe considerarse también que el cuerpo normativo y la armonía social que lo legitima, se debilitan cuando en lugar de actuar el operador judicial de manera proactiva en desarrollo de su competencia de controlar judicialmente la actividad estatal⁹⁴, se abandona en el comportamiento de las partes⁹⁵ y deja que sea éste el que imponga la solución material de la lis⁹⁶, despojando en consecuencia al estado de su función constitucional primaria de administrar justicia⁹⁷. Igual efecto se produce entonces, cuando no se concede al agente judicial estatal, amplios poderes oficiosos⁹⁸ que le permitan hacer prevalecer la justicia como valor, sobre intereses particulares⁹⁹ .

Por otra parte, no podría cerrarse este artículo sin poner de relieve el efecto especialmente nocivo que se causaría, de imponerse la tesis que restringe el uso de la iniciativa oficial en la audiencia inicial del proceso común contencioso administrativo, tratándose de asuntos electorales.

Aclárese lo anterior haciendo la precisión de que si bien el proceso con pretensión electoral, dada su naturaleza y el especial interés público que envuelve, cuenta con regulación propia¹⁰⁰, su audiencia inicial se rige por las mismas reglas del proceso común¹⁰¹, lo que significa que en este tipo de causas¹⁰², en las que están en juego derechos fundamentales de primera generación como son los políticos, también estaría el juzgador atado de manos, luego de fijar el litigio, y ante la veda de decretar oficiosamente probanzas relevantes para definir, por ejemplo, si los miembros del congreso de la república o cualquier otro servidor de elección popular, fueron o no elegidos con arreglo a la constitución y la ley.

Así, se erige como razón adicional a las ampliamente comentadas, que acoger la tesis contraria a la que ha quedado verificada, implicaría inclusive, tratándose de procesos electorales, dejar en manos de los litigantes, la suerte de la justicia en asuntos de tanta envergadura para el estado social de derecho, lo que a todas luces resultaría contrario a la doctrina constitucional vigente¹⁰³.

Finalizando ahora sí este artículo, ha de ratificarse que acorde con el estado social de derecho colombiano, uno de cuyos pilares básicos es la justicia, queda claramente confirmado que el operador judicial contencioso administrativo debe decretar pruebas de oficio en la audiencia inicial de la primera o única instancia del proceso común, aun cuando las partes no hayan solicitado la práctica de estas y siempre que su recaudo sea necesario para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos objeto de controversia.

⁴⁶ Magistrada Tribunal Administrativo de Bolívar.

⁴⁷ En el marco de una nueva y universal era del derecho, que se originó por la necesidad de volver al ser humano centro del orden jurídico y poner éste último al servicio de materializar la dignidad de la persona, por encima de cualquier consideración formal o ideológica. Así lo destaca la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-251 de abril 11 de 2002, al sustentar la tesis de que la Carta de 1991 es esencialmente personalista y no estatista.

⁴⁸ Rezago en el que se sumieron igualmente los códigos procesales de la jurisdicción ordinaria, lo que motivó la expedición de la ley 1564 de 2012, por la cual se adopta el código general del proceso –CGP–, derogándose en su integridad el código de procedimiento civil de 1970 –CPC–, nueva normativa que en la actualidad rige para la jurisdicción contenciosa administrativa.

⁴⁹ Artículos 1º y 103 CPACA.

⁵⁰ Norma que empezó a regir el 2 de julio del año 2012.

⁵¹ Se alude a proceso ordinario - o común – porque el artículo 179 *ibidem* indica que el trámite allí previsto, será el que debe seguirse para adelantar y decidir todos los litigios respecto de los cuales no se señale legalmente un trámite o procedimiento especial.

⁵² Conforme al artículo 175 CPACA durante el término de traslado de la demanda, el demandado podrá contestarla mediante escrito. A su vez el artículo 182 numeral 3 *ib.*, al reglamentar la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordena al juez que si no es posible indicar oralmente el sentido del fallo, deberá previa motivación de tal supuesto, proferir la sentencia por escrito dentro de los 30 días siguientes

⁵³ En la exposición de motivos del proyecto de ley se dijo que para dinamizar el proceso y sin desconocer los derechos de sus partícipes, se acogía un sistema mixto que reúne parte de la estructura escrita del CCA con el esquema oral de la ley 270 de 1996.

⁵⁴ Dispone el artículo 179 *ib.* que el proceso en primera y en única instancia, se desarrollará en las siguientes etapas: La primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial; la segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas y la tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento y culmina con la notificación de la sentencia.

⁵⁵ Siempre que la búsqueda de la verdad material lo imponga, es un deber y no una mera facultad del juez, decretar de oficio las pruebas necesarias. *Inter alia* sentencias T-264 de 2009 y T-951 de 2011.

⁵⁶ El trámite de la apelación de sentencias – segunda instancia - está regulado en el artículo 247 CPACA previéndose la posibilidad de que se surta un término probatorio, dentro del cual, en concordancia con la primera parte del artículo 213 *ibidem*, se practicarían las probanzas decretadas de oficio, junto con las pedidas por las partes.

⁵⁷ La norma similar del CCA anterior - artículo 169 -, ordenaba que las pruebas de oficio se decretarían y practicarían conjuntamente con las pedidas por las partes, previendo expresamente que si éstas no las solicitaban, sólo podían decretarse al vencimiento del término de fijación en lista – fijación eliminada en el CPACA -.

⁵⁸ Evento que es factible que se presente pues si bien el derecho a probar es un derecho fundamental que puede a su vez ser concebido como carga procesal, puede ocurrir que no se haga empleo del mismo o lo que es igual, que dicha carga no se atienda, por descuido u otra causa, o que simplemente, por falta de defensa técnica no se ejercite esa garantía judicial.

⁵⁹ NAMEN VARGAS, Álvaro. En: Seminario internacional de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Memorias. Bogotá: 2011. Imprenta Nacional de Colombia. Régimen probatorio, nulidades e incidentes en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. 412 a 414 y 418 a 419p. ISBN: 978-958-9351-82-6.

⁶⁰ Visión diferente se plantea en la trigésima tercera edición del CPACA, anotado por MORA Caicedo, Esteban. Bogotá: 2011. Editorial Leyer. 325 p. ISBN 978-958-711-747-9, en la que se estima que el modelo acogido en materia probatoria fue el principio inquisitivo, basado en el valor justicia.

⁶¹ Posición coincidente con la de ALVARADO, quien es partidario de que los jueces se dediquen a resolver los litigios, es decir, a fallar, pues sólo sentenciando logran aquietar las pasiones de los litigantes y de contera, la paz social, debiendo por tanto separárseles de tareas tales como investigar la verdad de lo ocurrido por fuera de la actividad probatoria de las partes. ALVARADO Velloso, Adolfo. Debido Proceso versus pruebas de oficio. Bogotá: 2004. Editorial TEMIS S.A. 115, 116p. ISBN: 958-35-0477-7.

⁶² BENAVIDES, José Luis. Editor Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2012. Comentado y concordado. Bogotá: 2013. Universidad Externado de Colombia. 461,462. ISBN 978-958-710-893-4.

⁶³ Se dijo que en materia probatoria son varios los poderes de que dispone el juez, además del de decretar junto con aquellas pruebas solicitadas por las partes, las que considere necesarias para esclarecer los hechos objeto de controversia, pudiendo decretarlas también antes de la sentencia en cualquiera de las instancias y debiendo excluir la prueba ilícita y la refleja.

⁶⁴ El método cualitativo bibliográfico empleado para alcanzar los resultados recogidos a lo largo de este artículo, condujo al análisis crítico de los siguientes instrumentos, análisis que tuvo como eje transversal la comparación con el sistema jurídico probatorio español y que confiere veracidad a la tesis planteada para solucionar el problema de investigación: (i) fuentes normativas del régimen judicial contencioso administrativo colombiano sobre garantías judiciales en materia probatoria, incluidas las principales jurisprudencias del último quinquenio de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y (ii) la doctrina más influyente a nivel hispanoamericano.

⁶⁵ Es la constitucionalización del derecho la que hace imperativo que los operadores judiciales sean más que garantes de los ritos, garantes de la tutela efectiva de derechos.

⁶⁶ Contexto que parte del reconocimiento de que el estado social de derecho tiene el monopolio de la jurisdicción, lo que implica al decir de GUIMARAES que está obligado a prestar a los consumidores de los servicios jurisdiccionales, la tutela judicial efectiva, es decir, a garantizar a estos la protección del derecho material que normativamente les asiste. GUIMARAES Ribeiro, Darci. La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Barcelona: 2004. J.M. BOSCH EDITOR. 75 a 77 p. ISBN: 84-7698-722-6.

⁶⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. El juez y la prueba. Bogotá: 2011. Pontificia Universidad Javeriana – Grupo editorial Ibáñez. 136 p. (Colección Internacional; No. 32). ISBN Colección 978-958-683-044-7. ISBN Volumen 978-958-716-463-3.

⁶⁸ La prueba de oficio no es una creación estéril, tiene como ninguna otra medida, significación trascendente pues busca que la sentencia como norma individualizada, se aproxime al valor jurídico supremo de la justicia, al cual hay que apuntarle aunque deba el juez hacer a un lado los errores, descuidos o desigualdades de las partes. BLANCO Gómez, José Luis. Sistema dispositivo y prueba de oficio en el procedimiento civil. Bogotá: 1994. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 100 a 106 p. ISBN 958-9333-23-0.

⁶⁹ En línea parecida sostiene GIACOMETTO que el ejercicio de la iniciativa judicial probatoria demanda del juez convertirse en actor social que ayude a esclarecer los hechos y no cruzarse de brazos cuando carezca de elementos de convicción que lo alejen de la certeza. GIACOMETTO Ferrer, Ana. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: 2003. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 140p. ISBN: 958-97153-6-2.

⁷⁰ RAMÍREZ Carvajal, Diana María. La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil. Bogotá: 2009. Editorial Universidad Externado de Colombia. 53, 54 p. ISBN 978-958-710-410-3.

⁷¹ En todo caso el énfasis dispositivo no puede privilegiarse para solucionar la problemática coyuntural de la congestión de la jurisdicción administrativa y dejando en un segundo plano la tutela judicial efectiva de los derechos.

⁷² Si bien se refiere al proceso civil, sus disertaciones se entienden aplicables al contencioso administrativo, atendiendo el interés público que éste envuelve y dado que por mandato legal las normas civiles suplen los vacíos del primer ordenamiento citado.

⁷³ Bajo el artículo 169 CCA hizo ver el Consejo de Estado que la prueba de oficio en proceso de pérdida de investidura debía decretarse dado el carácter inquisitivo del trámite, en virtud del cual el juez debe asumir una conducta activa aunque las partes hayan obrado de manera negligente en el aporte o solicitud de las pruebas. Es así como concluyó la Corporación señalando que el principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del CPC, no es incompatible en el derecho colombiano con la facultad oficiosa del juez de decretar pruebas para esclarecer la verdad al margen de la actividad de las partes, pues si el decreto de pruebas de oficio no se discute en los procesos en los cuales sólo entran en juego los intereses particulares de los demandantes, mucho menos puede serlo cuando se trata de asuntos que involucran el interés general. CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE, Santa Fe de Bogotá. D.C., primero (1º) de febrero de dos mil (2000), radicación número: ac-7974, actor: MANUEL ALBERTO TORRES OSPINA, referencia: pérdida de investidura de senador.

⁷⁴ La Corte ha reiterado que se incurre en defecto fáctico controlable por la vía de la acción de tutela, cuando entre otros, no decreta el juez las pruebas de oficio necesarias para cumplir con su obligación de administrar justicia en el caso concreto Cfr. inter alia sentencias T-417 de 2008, T-197 de 2009, T-264 de 2009, T-654 de 2009, T-386 de 2010, T-395 de 2010, T-591 de 2011 y T-950 de 2011.

⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, sección tercera, subsección c, consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012), radicación número: 54001-23-31-000-2000-01442-01(24635), actor: ELVIRA CONTRERAS ORTEGA Y OTROS, demandado: INPEC, referencia: acción de reparación directa.

⁷⁶ La Corte Suprema de Justicia colombiana – CSJ -, sala de casación civil, en sentencia de veintisiete (27) de agosto de dos mil doce (2012), ref: exp.: No. 11001 3103 042 2006 00712 01, ha señalado que la facultad - deber del juez de decretar pruebas de oficio, no es una obligación, sino una responsabilidad que le asiste como director del proceso, que en ningún caso puede afectar el equilibrio procesal, pues la carga probatoria de cada uno de los intervinientes en el trámite, debe mantenerse.

⁷⁷ Lo que para quien escribe, hace extensible la directriz del legislador contenida en el artículo 6º, parágrafo del CPACA, en cuanto señala que si bien las personas tienen deberes frente a la administración – en este caso frente a la judicial -, el incumplimiento de estos no podrá invocarse como pretexto para desconocer el derecho reclamado.

⁷⁸ Ese entendimiento es el que da valor a decisiones como la emitida por la sección tercera, subsección b, consejero ponente DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D.C., de veinticuatro (24) de mayo de dos mil doce (2012), radicación número: 25000-23-26-000-1998-02489-01(19913), actor: GABRIEL CASTILLO REY Y OTROS, demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL, en la que se ejerció iniciativa probatoria oficial.

⁷⁹ La jurisdicción que se crea precisamente para frenar el poder estatal e imponer el orden constitucional y legal, dadas las necesidades de (i) coexistencia armónica de las distintas ramas y órganos y (ii) de tener la satisfacción de los derechos del ser humano como la razón de ser de dicho poder.

⁸⁰ Si en la audiencia inicial el Juez, al fijar el litigio, señala los hechos relevantes que quedan pendientes de prueba, y sobre esos hechos las partes no pidieron su práctica, es claro que el juez debe decretarlas de oficio garantizando lógicamente su publicidad y contradicción.

⁸¹ STEIN considera contradictorio que coexistan un saber oficial y un saber privado del juez, sin embargo, destaca que sólo es importante esa distinción en cuanto verse sobre el modo en que el juez adquiere el saber, siendo únicamente saber oficial el adquirido en el ejercicio de la actividad oficial, puesto en conocimiento por las partes y por las pruebas recaudadas en el respectivo proceso. STEIN, Friederich. El conocimiento privado del juez. Traducción Andrés de la Oliva Santos. Bogotá: 1988. Editorial Temis. 91 p. ISBN: 958-604-263-4.

⁸² Destáquese que el artículo 213 CPACA, a diferencia del 169 CCA, elimina la referencia a que contra el auto que decreta pruebas de oficio no procede recurso, de lo que en principio podría deducirse que es reponible. Adicionalmente, establece dicha norma la oportunidad procesal para contraprobar, es decir, para desvirtuar la comprobación surgida del medio de prueba oficioso. De manera que se asegura por la norma, la publicidad y contradicción y por tanto, la igualdad de armas y la imparcialidad, entonces ¿por qué tener resquemores frente a dicha iniciativa?

⁸³ Como argumento de mayor a menor tendría que decirse que si puede el juez, al momento de dictar sentencia, paralizar su actuación en pro de recaudar pruebas oficiosas y sin que importe que las partes no hubieren ejercido su iniciativa de confirmación, con mayor razón tiene que estar en la posibilidad de hacerlo al momento en que fijada la lis, constata tempranamente que hay hechos relevantes que deben acreditarse y en torno a los cuales están ausentes las evidencias.

⁸⁴ RESTREPO Medina, Manuel Alberto. Coordinador Investigación. Estudio regional de la congestión en la jurisdicción administrativa. Bogotá: 2011. GIZ, Consejo Superior de la Judicatura y otros editores. 363 a 385 p. ISBN 978-958-8447-46-9.

⁸⁵ La congestión judicial es un obstáculo real a la tutela judicial efectiva, el poder jurisdiccional tiene que superarla, pero siendo un problema coyuntural, su tratamiento no puede subyugar los valores y principios constitucionales. Es decir, no debe el estado, so pretexto de que los juzgados y tribunales están congestionados, afectar sustancialmente garantías procesales como el derecho constitucional a la prueba, radicado también en el juez como agente estatal encargado de dispensar justicia material.

⁸⁶ Sobre la importancia de la prueba, sea allegada por decisión del juez o por aporte de las partes, enfatiza RIVERA MORALES en que es la prueba el método para verificar las hipótesis en el proceso judicial, el cual se nutre de la prueba, que viene a ser el instrumento único que permite dar por sentado que determinado supuesto está acreditado y aplicar los efectos de la norma que se plasmará en la sentencia. RIVERA MORALES, Rodrigo. La prueba: Un análisis racional y práctico. Colección proceso y derecho. Madrid: 2012. Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A. 322 p. ISBN 978-84-9768-899-4.

⁸⁷ En este específico aspecto, opera también el marco de libertad de configuración normativa del legislador, el cual desde luego debe ser controlado por el juez constitucional con el objeto de impedir excesos o conjurar la violación de derechos fundamentales. C-820 de 2011.

⁸⁸ Lo que evidencia que en el medio judicial contencioso administrativo no es acertado entender como evento remoto, que con la demanda o la contestación no se presenten pruebas o que se omita allegar y solicitar las relevantes, aun tratándose de causas de pleno derecho.

⁸⁹ Cuando el operador judicial incurre en defecto fáctico viola ostensiblemente los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad de las partes ante la ley procesal y el acceso a la administración de justicia, así como la garantía de trato imparcial que sujeta a quien dirige el proceso, puesto que con su omisión, se distorsiona la verdad para darle un alcance a los hechos que en realidad no tienen, lo que conduce a una decisión que en vez de aplicar el derecho, lo quebranta. Sentencia T-554 de 2003.

⁹⁰ La Corte ha considerado que se configura cuando el funcionario judicial omite el decreto y práctica de pruebas generando en consecuencia la indebida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido. Sentencias T-902 de 2005 y T-233 de 2007.

⁹¹ Sentencias T-916 y 1100 de 2008.

⁹² Parte esencial del proceso judicial es la estructura probatoria, integrada por la regulación constitucional y legal sobre medios de prueba, oportunidad para su aducción, poderes y límites de los juzgadores para su decreto y práctica, iniciativa judicial para producir pruebas y reglas atinentes a su valoración. C-1270 de 2000.

⁹³ Cuanto más fuerte se hace el estado, mayor es su monopolio jurisdiccional y menor el espacio para el arbitrario ejercicio de las propias razones. De ahí, que es el estado quien debe generar confianza en cuanto a que en cada proceso se haga justicia y de esa forma propiciar el ejercicio de la acción en lugar del agere privado. Así se infiere de la obra de GUIMARAES antes citada, 63 a 67 p.

⁹⁴ Téngase presente que el CPACA fortalece la regulación del procedimiento administrativo para lograr que los asuntos inherentes a la relación con el estado sean resueltos en sede administrativa y que solo excepcionalmente se acuda ante el juez.

⁹⁵ Aunque los litigantes en virtud del principio dispositivo pueden disponer del interés objeto del proceso, no pueden disponer del proceso mismo, pues este es más que instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de intereses privados, instrumento de la función pública judicial del estado. Adicionalmente, la suerte del pleito no debe depender de circunstancia extrajudicial como el incumplimiento por las partes de sus cargas, pues el proceso no busca premiar al que tenga más riqueza, fuerza, instrucción o escoja al abogado más instruido y diligente, sino tutelar a quien tenga el derecho; en ese sentido, desviar el itinerario del proceso implica vulnerar la igualdad material.

⁹⁶ El estado está obligado a garantizar el debido proceso y parte de este son los derechos a probar y a contar con una defensa técnica idónea. La formación de los abogados está bajo el control estatal, de ahí que deba asumir la institucionalidad su responsabilidad consecuente, cuando siendo ella quien exige como regla general que para acceder a la justicia debe contarse con abogado, no garantice la debida formación de estos – artículo 24.2 CE.

⁹⁷ Valórese que la seguridad jurídica, tan cara para la comunidad internacional, podría verse afectada cuando frente a casos similares, las decisiones sean distintas sólo por la diferencia en la conducta de las partes, eventualidades que podrían conducir inclusive a la declaratoria de responsabilidad estatal, bajo el amparo de tratados internacionales que como la CADH o el PIDCP, regentan la protección de las garantías judiciales.

⁹⁸ Valórese que la seguridad jurídica, tan cara para la comunidad internacional, podría verse afectada cuando frente a casos similares, las decisiones sean distintas sólo por la diferencia en la conducta de las partes, eventualidades que podrían conducir inclusive a la declaratoria de responsabilidad estatal, bajo el amparo de tratados internacionales que como la CADH o el PIDCP, regentan la protección de las garantías judiciales.

^C onsidérese que el CPACA le apunta a la eficacia del proceso judicial ordinario como espacio en el que los juzgadores, fortalecidos en sus poderes, hagan verdaderamente residual el uso de las acciones constitucionales subsidiarias.

⁹⁹ La mayor cantidad de demanda de justicia es en materia laboral, área en la que la intervención judicial debe ser plena, dada la necesidad inmediata de potenciar los derechos fundamentales y garantizar igualdad en el marco de relaciones naturalmente desiguales. RESTREPO Medina, Manuel Alberto. Coordinador Investigación. Estudio regional de la congestión en la jurisdicción administrativa. Bogotá: 2011. GIZ, Consejo Superior de la Judicatura y otros editores. ISBN 978-958-8447-46-9Cfr.

¹⁰⁰ Artículos 275 a 296 CPACA.

¹⁰¹ Ordena el artículo 283 CPACA que vencido el plazo para contestar la demanda, se fijará, al día siguiente, fecha para la audiencia inicial, con el objeto de sanear el trámite, fijar el litigio y decretar pruebas, objeto similar en lo pertinente, al de la audiencia inicial en el proceso común; por su lado el artículo 296ib., ordena llenar los vacíos con las disposiciones del proceso ordinario compatibles con la naturaleza del electoral.

¹⁰² En el trámite de los procesos electorales, al igual que en los que se ejerce la potestad punitiva estatal, es especialmente importante la facultad oficiosa, en contraste con aquellos procesos que tienen que ver con los intereses particulares de las partes. PALACIO Hincapié, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. La prueba judicial. Tomo I. Bogotá: 2004. Ediciones Doctrina y Ley. 18, 19 p. ISBN: 958-676-284-x.

¹⁰³ De las normas especiales se eliminó la que regulaba el decreto de pruebas en este proceso - artículo 234 CCA -, de ahí que conforme al artículo 296 CPACA le sean aplicables en materia de decreto oficioso de pruebas, las del proceso ordinario, lo que llevaría al extremo, bajo una interpretación restringida del 213 ib., de negarle al juez iniciativa en la audiencia inicial cuando las partes no piden pruebas, contrariando entre otras citadas antes, sentencia T-654/09

AUXILIO DE CESANTIA PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Ligia Ramírez Castaño¹⁰⁴
Magistrada de Descongestión No. 002

En fecha reciente el Consejo de Estado dictó una sentencia hito, por medio de la cual se establece lo que ya todos en la jurisdicción de lo contencioso sabíamos, pero nadie se atrevía a decir, que el auxilio de cesantía de los servidores públicos no tiene prescripción, porque no existe norma expresa que así lo consagre para esa prestación social. (Sentencia de Noviembre 22 de 2012. Consejero Ponente Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Radicación 13001-23-31-000-2003-01821-01 (0235-09)).

En esa sentencia se hace un minucioso estudio acerca de la normatividad que regula el auxilio de cesantías, y las demás prestaciones sociales que se reconocen a los servidores públicos, dando al traste con la consolidada postura acogida de vieja data por la jurisdicción, que hacía extensivo dicho fenómeno jurídico a las cesantías, por vía de analogía.

Pero, esa imprescriptibilidad que la Corporación de cierre de la jurisdicción ha determinado en relación con el auxilio de cesantías de los servidores públicos, solo resulta predicable de su reconocimiento, más no de su reliquidación; lo que plantea una inquietud de significativa trascendencia, a saber, puesto que ello viene a determinar que el auxilio de cesantía se puede reclamar de la entidad nominadora en cualquier tiempo, pero la reliquidación del mismo auxilio, ante la existencia de un acto administrativo de reconocimiento, está sujeta al término de caducidad previsto en el numeral 2º literal d del art. 164 de la Ley 1437 de 2011.

En efecto, en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 12 de julio de 2001, expediente 3146-00, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, se establece, con el carácter y obligatoriedad propios del precedente judicial, que la petición que se eleva por el servidor estatal con el fin de obtener la reliquidación del auxilio de cesantías, solo es oportuna si se presenta dentro del término para impugnar o censurar, ante la misma Administración, el acto administrativo definitivo que hace el reconocimiento, pues de lo contrario se trataría de un solicitud de revocatoria del acto definitivo, que no revive el término de caducidad de la acción contencioso administrativa.

En el sistema de cesantías que rige actualmente, se obliga a las entidades nominadoras a efectuar el reconocimiento

y pago de esa prestación en el mes de febrero de cada año, para que la misma sea depositada ante el respectivo fondo administrador; entonces, según los lineamientos anteriores, una vez notificado el servidor público de dicho acto de reconocimiento, debe hacer uso de los recursos que autoriza la ley en sede administrativa, y acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en busca del control de legalidad, pues de lo contrario se extingue para él la posibilidad de peticionar una posterior reliquidación, por la inclusión de algún factor salarial que no fue tenido en cuenta por la Administración, por ejemplo, a pesar de la imprescriptibilidad de su derecho.

Es por ello que se avizora, en un futuro cercano, un cambio radical en la jurisprudencia laboral del Consejo de Estado en este sentido, puesto que la situación que se expone hace evidente un choque de normas de diferentes jerarquías, ya que las normas que regulan el auxilio de cesantías, por ser de contenido laboral, tienen el carácter de normas de orden público y de imperativo cumplimiento, amparadas además, por el art. 53 de la Carta Política que consagra la especial protección que debe el Estado al derecho al trabajo, y el art. 93 que integra a nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones contenidas en los tratados internacionales, es decir el llamado Bloque de Constitucionalidad.

En efecto, la caducidad, que como se ha dicho, extingue la posibilidad de elevar una posterior petición de reliquidación de la cesantías según la sentencia de unificación que antes se ha citado, es un presupuesto procesal, también de orden público y de imperativo cumplimiento, referido al ejercicio de la acción para hacer efectivo el derecho y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso que se establece en el Art. 29 Superior.

Pero, también, encontramos el art. 228 Constitucional que ordena a la Administración de Justicia dar preferencia al derecho sustancial, sobre el derecho procesal, cuyo alcance se determinó por la Corte Constitucional en la sentencia C-029/95.

Entonces, si la caducidad es presupuesto de la acción contencioso administrativa, es claro que es una norma procesal de orden público y de imperativo cumplimiento; pero, las normas que regulan el auxilio de cesantía, tienen contenido de derecho sustancial, también de orden público y de imperativo cumplimiento.

De manera, que sobre el principio de prevalencia del derecho sustancial, se abre la posibilidad para elevar peticiones de reliquidación del auxilio de cesantía y de cualquiera otra prestación, aun cuando se hayan agotado y extinguido las oportunidades que la ley prevé para censurar el acto administrativo definitivo de reconocimiento, sin que la Jurisdicción de lo contencioso administrativo pueda declarar la caducidad de la acción cuando sea sometido a su conocimiento el acto que niega dicha reliquidación.

Ejemplo de lo que aquí se dice se encuentra plasmado en la sentencia de unificación SU-254 de abril 24 de 2013, por medio de la cual la Corte Constitucional obliga a los jueces administrativos a no tener en cuenta el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, cuando se controviertan derechos de la población desplazada por el conflicto interno armado, como un mecanismo para dar prevalencia al derecho sustancial sobre el derecho procesal.

Finalmente, es necesario acotar que, con soporte en las normas que integran el Bloque de Constitucionalidad, en especial las referidas a los derechos de los trabajadores, y desarrollando los principios fundamentales pro homine y pro operarium, la interpretación de dos normas coexistentes que afecten la aplicación de un derecho laboral, deben resolverse, siempre, a favor del trabajador.

¹⁰⁴ Abogada, Universidad Católica de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Libre. Especialista en Contratación Estatal, Universidad de Medellín.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN LAS ACCIONES DE GRUPO

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS¹⁰⁵

MARCO CONCEPTUAL: PERMEABILIDAD DE LA REGULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CONTEMPLADA EN LA LEY 472 DE 1998 – PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA.

La suspensión provisional es una institución jurídica gracias a la cual el juez administrativo, sin alterar las condiciones de existencia del acto administrativo acusado, interrumpe en forma inmediata los efectos que por ley produce. Según el artículo 238 de la Constitución Política, en armonía con los preceptos 229 y 230 - 3 de la Ley 1437 de 2011) dicha medida cautelar procede, no sólo por consideraciones de interés público (acción de nulidad), sino también de interés privado (acción de nulidad y restablecimiento del derecho).

La suspensión provisional hace relación a la inaplicabilidad del acto, por cuanto al quedar desvirtuada la presunción de legalidad, se hace viable la orden de no darle efectividad. De ahí que procesalmente hablando sea de naturaleza cautelar, transitoria y accesoria a toda pretensión de nulidad, siendo que la legislación estableció dos figuras distintas pero convergentes: la suspensión provisional y la anulación, obedeciendo la primera a los postulados de tutela judicial anticipada frente a una apariencia de buen derecho, necesidad y urgencia, y la segunda a la plena prueba de alguna o varias de las causales de anulación clásicas: falsa motivación, violación de las normas en que debería fundarse el acto acusado, incompetencia del servidor que lo expidió, expedición irregular, desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y desviación de poder.

De acuerdo con la Ley 472 de 1998 y los artículos 145 y 167 (numeral 2, literal h) de la ley 1437 por vía de una acción de grupo se puede obtener la nulidad de un acto administrativo cuando éste sea la causa del daño que se busca reparar por parte de un número plural de personas -no menor a 20 determinadas o determinables- que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa originaria de perjuicios

individuales, pues el artículo 88 de la Carta y los artículos 3 y 46 de la ley 472 no diferencian o limitan las medidas de reparación que se pueden ordenar en la acción de grupo, ni excluyen la reparación de daños derivados de alguna causa en particular –como algún tipo de acto administrativo- y solamente exigen que la causa del daño sea la misma.

En este sentido, el inciso segundo del artículo 145 de la ley 1437 lo único que hace es fijar un requisito de procedibilidad para los casos en los que en la demanda grupal se señala como causa del daño un acto administrativo de carácter particular con pretensión de nulidad; en tal hipótesis, para que se pueda nulificar, es preciso que algún integrante del grupo agote el recurso administrativo obligatorio, siempre que la administración haya brindado esa oportunidad, y por esa razón la CORTE CONSTITUCIONAL en sentencia C-302 de 2012 dijo con fuerza erga omnes: “A juicio de la Sala, nada obsta para que eventualmente la causa de un daño sufrido por un número plural de personas sea un acto administrativo, tanto de contenido particular como de carácter general, y que una de las medidas de reparación que pueda llegar a ser necesaria –a discreción del juez- sea la declaración de nulidad”.

Esa *sindéresis* ya había sido advertida por la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA del CONSEJO DE ESTADO con ponencia del Dr. ENRIQUE GIL BOTERO a partir del 7 de marzo de 2011 (Rad. 23001-23-31-000-2003-00650-02) señalando: "...si el legislador estableciera la procedencia de las acciones de grupo únicamente contra hechos, omisiones y operaciones administrativas, estaría limitando su alcance constitucional...Se infiere entonces, que en el entender de la Sala, la interpretación de la sentencia de primera instancia, contraviene la Constitución Política y en particular la naturaleza y esencia que ella le otorga a la acción de grupo, toda vez que, perfectamente una acción de este tipo puede centrar su atención exclusivamente en un daño producido

por un acto administrativo, y esta posibilidad, a su vez, no se puede limitar: El daño lo puede producir un acto administrativo legal, pero también uno ilegal.”

Judicialmente se aceptó el estudio – decisión de la suspensión provisional tanto en el contencioso electoral, como en las controversias contractuales con solicitud de anulación de actos administrativos, siendo que estos medios de control, al igual que en la acción de grupo, ad initio no traen regulados la figura de la suspensión provisional, pues - se recalca – ella entra como accesoria a toda pretensión de nulidad, siguiendo las palabras vinculantes acuñadas por la Guardiania de la Constitución: “Si el conocimiento de la acción de nulidad puede atribuirse por el legislador a los diferentes órganos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, igualmente pueden resolver sobre las peticiones de suspensión provisional que naturalmente son accesorias a dicha acción.” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 513 de 1994).

Así que nada se opone para que por excepción pueda proceder la suspensión provisional dentro de la acción constitucional de grupo cuando quiera que en ella se pretenda concomitantemente la anulación de acto (s) administrativo (s) con el lleno del resto de los requisitos de ley, pues mientras exista pretensión de anulación cabrá la posibilidad de resolver sobre la suspensión provisional del acto atacado por ser connatural a ella, pero asumiendo esa cautela -una vez decretada- una concepción fortalecida desde el ámbito constitucional en los términos del artículo 60 de la Ley 472 de 1998, apegados también al principio de tutela jurisdiccional efectiva incorporado vía Bloque de Constitucionalidad (art. 93 de la Carta) en los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y General del Proceso, sin dejar por fuera el debido proceso reconocido en Tratados Internacionales y en el canon 29 Superior, máxime si la regulación de medidas cautelares contenida en la Ley 472 de 1998 al no ser excluyente, se complementa tanto con la Ley 1437 de 2011, y lógicamente con el Texto Constitucional (artículo 238), tal como -en fecha reciente- elucubró la Corte Constitucional en Sentencia C – 284 del 15 de mayo de 2014, en los términos que siguen:

“...se advierte que las normas sobre medidas cautelares de la Ley 1437 de 2011 y de la Ley 472 de 1998 no son, para empezar, incompatibles. El juez puede decretar las medidas de uno u otro estatuto, sin que esto suponga contradicción u omisión alguna, de modo que puede decirse que son complementarios.”

Siendo que la Ley 1437 de 2011 tan solo llevó al nivel normativo la posibilidad de que -tal como jurisprudencialmente se advirtió en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984- al proveer sobre la admisión de una acción de grupo se pudiera estudiar y decidir un determinado pedimento de suspensión provisional de acto administrativo, cuando quiera que en ese juicio constitucional se intentara la pretensión de anulación de dichos actos

y la suspensión provisoria de sus efectos jurídicos fuera solicitada con la demanda o por escrito presentado, hasta antes de librarse el correspondiente admisorio.

NOTA DEL AUTOR: La pretensión del artículo no es opinar sobre un caso concreto, sino valorar o hasta releer académicamente el alcance y contenido del tema jurídico propuesto.

¹⁰⁵ Abogado Universidad Libre – Atlántico. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Simón Bolívar. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Simón Bolívar. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Libre. Especialista en Derecho Aduanero, Universidad Externado de Colombia. Actualmente Magistrado de Descongestión Tribunal Administrativo de Bolívar.

NUEVAS FORMAS DE NOTIFICAR LAS SENTENCIAS.

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS¹⁰⁶

TEMAS JURÍDICOS RELEVANTES: INTEGRACIÓN NORMATIVA – PREVALENCIA DE LAS ACTUACIONES ORALES – EFICACIA Y UTILIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES.

El artículo 203 de la Ley 1437 de 2011 dispone que las sentencias escriturales que resuelvan las causas de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su “texto” a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales (artículo 197 ejusdem) y que al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha, agregando que a quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, (entiéndase: personas naturales que no deban estar inscritas en el registro mercantil) se les notificará: “por medio de edicto en la forma prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil”.

Sin embargo, como el artículo 295 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) deroga el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, estableciendo que las notificaciones de los autos y sentencias que no deban notificarse en estrados por ser proferidas en audiencia, se harán mediante de anotación en estados que elaborará el secretario al día siguiente a la fecha de la providencia en la forma allí detallada, se deberá acoger íntegramente -en tales casos- dicho trámite civil adjetivo, (el cual es distinto a la notificación por estados creada, tan solo para “autos”, por el precepto 201 del CPACA), modificándose parcialmente el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, quedando derogada la notificación por edicto de las sentencias escriturales que operaba para quienes no se les debiera o pudiera notificar por vía electrónica.

Cabe destacarse que las notificaciones virtual-personal y por estado de la sentencia que contempla el artículo 203 del CPACA -modificado parcialmente por el 295 del CGP- únicamente

aplicarán cuando el fallo sea proferido en forma escritural, pues frente a la posibilidad de dictar sentencias orales en audiencia inicial a nivel de controversias de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas (brindando previamente la oportunidad a las partes y los intervinientes de exponer sus alegaciones, conforme lo señalan los artículos 179 -inciso final- en armonía con el 182 del CPACA), dichas decisiones quedarán notificadas EN ESTRADOS inmediatamente después de proferidas, aún para aquellos intervinientes que no hayan concurrido, en los términos del canon 202 ibídem armonizado con el contenido de los artículo 294 del CGP y 1º-2 de la Ley 1285 de 2009 que modificó el Estatuto de la Justicia (Ley 270 de 1996), siendo obligatorio para los apoderados asistir personalmente a la audiencia inicial so pena de hacerse acreedores a una multa equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, (artículo 180 del CPACA) y adicionalmente será menester para las partes atender el intento conciliatorio que en audiencia inicial debe surtirse y, en últimas, asistir a todas las audiencias públicas que contempla el nuevo rito, para allí enterarse de las decisiones interlocutorias que las afecten, las pruebas que les sean oponibles, la forma como su apoderado las representa, escuchar los alegatos finales y finalmente conocer el resultado del juicio, siendo que en ese sentido la tan pregonada intermediación genera para todos los intervinientes un principio de auto-responsabilidad, considerando -además- el deber de concurrencia a las audiencias que viene iterado en el canon 78 - 7 del CGP, y que el auto que fija fecha para realizarlas debe serles publicitado con antelación.

Por demás, no puede haber manera más eficaz de enterarse de una determinación judicial que de viva voz originaria del ser humano que encarna al juez o

tribunal competente, al operar así una verdadera y directa notificación personal, por lo que resultaría desgastante pretender -luego de proferida una sentencia oral- aplicar de forma insular o aislada el procedimiento señalado en el canon 203 del CPACA, conforme quedó luego de la reforma parcial entronizada por el artículo 295 del CGP, pues ello conllevaría en la práctica una interpretación retrógrada y aislada del nuevo ordenamiento que inutilizaría la institución autónoma de la notificación en estrados que opera, según las voces del artículo 202 del CPACA, para “Toda decisión que se adopte en audiencia pública o en el transcurso de una diligencia...”, regla que es prevalente en el nuevo rito por audiencias públicas-orales al ser el verbo principio rector y, por ende, se proscribe adelantar de forma distinta las actuaciones orales, (artículos 1º de la Ley 1285 de 2009 que modificó el artículo 4º de la Ley 270 de 1996 y 3º, 107-6 y 110-1 del CGP), amen que ese menosprecio de la oralidad generaría una ampliación injustificada de los plazos adjetivos legales por excesivo formalismo, con la consabida afectación a la seguridad jurídica, conculcándose -de contera- los sublimes principios de irreversibilidad del proceso (artículos 70 y 107-1 del CGP) y de preclusión procesal, que hacen parte del núcleo del debido proceso.

¹⁰⁶ Abogado Universidad Libre – Atlántico. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Simón Bolívar. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Simón Bolívar. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Libre. Especialista en Derecho Aduanero, Universidad Externado de Colombia. Actualmente Magistrado de Descongestión Tribunal Administrativo de Bolívar.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LOS ACTOS PRECONTRACTUALES¹⁰⁷

Jorge Fandiño Gallo¹⁰⁸

RESUMEN

Desde que la jurisdicción contencioso administrativo asumió el conocimiento de las controversias contractuales se ha presentado una evolución progresiva en el tema de los actos precontractuales en los siguientes aspectos: (i) Si bien se asignó a esta jurisdicción el conocimiento de las controversias originadas en los contratos administrativos, no definió el medio de control, por el que, serían enjuiciables tales conflictos, por ende precisó: Que si la controversia tenía que ver con aspectos relacionados con la etapa de ejecución del contrato, la acción procedente era la de plena jurisdicción; mientras que si el conflicto giraba en torno a los actos separables, la acción a ejercer sería la de nulidad. (II) El Decreto Ley 01 de 1984, creó un acción especial, denominada de controversias contractuales, la cual no obstante su modificación por el Decreto Ley 2304 de 1989, el Consejo de Estado mantuvo la tesis en torno a los actos separables. (III) Con la expedición de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia inicialmente asumió una posición extensiva, al agrupar en una sola categoría los actos previos a la celebración del contrato como actos contractuales. Posteriormente, varió su posición hacia una tesis restrictiva, al considerar que los actos contractuales sólo lo componen los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato. (IV) En vigencia de la Ley 446 de 1998, pese que se estableció un término común de treinta (30) días, la jurisprudencia precisó inicialmente que el acto de declaratoria de desierto de proceso de selección, al no estar relacionado con la actividad contractual, seguía la regla general de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, posteriormente varía su criterio, al señalar que tal acto se regula también por el término especial, al expedirse dentro de la actividad contractual.

1. INTRODUCCIÓN

Como una forma de conmemorar los cien (100) años de la Ley 130 de diciembre 13 de 1913, expedida en desarrollo del artículo 42 del Acto Legislativo 03 de 1910, que adoptó el estatuto orgánico de la Jurisdicción Contencioso

Administrativo y estableció precisamente como uno de los organismos ejecutores de sus objetivos a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, hemos sido convocados los tribunales con que inició la jurisdicción, para presentar un tema de interés de evolución por parte de la jurisprudencia en el XIX Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, a celebrarse en Santiago de Cali. Para tal efecto, los miembros del Tribunal Administrativo de Bolívar, me escogieron para representar a la corporación en este magno evento, y se seleccionó como tema “la evolución jurisprudencial en torno a los actos precontractuales”.

El Decreto Ley 528 de 1964, al otorgarle competencia a esta jurisdicción para conocer de las controversias derivadas de los contratos administrativos, llevaron al Consejo de Estado y en general a la jurisdicción contencioso administrativo desde ese entonces, ha emprender un proceso de profunda reflexión, circunstancia que justificó la necesidad de introducir importantes cambios sustanciales en materia de contratación estatal, especialmente en el tema de los actos precontractuales, la cual orientó no solo a las autoridades administrativas y a los propios miembros de la jurisdicción, sino también al poder legislativo al incorporar algunas de esas decisiones en normas de carácter legal.

De allí que abordaremos la materia, aludiendo en primera instancia al nacimiento de la teoría de los actos separables, los principales fallos que se han producido desde ese decreto hasta la fecha y, por último, como se regula el tema en la Ley 1437 de 2011.

2. NACIMIENTO DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS SEPARABLES

El tratadista Dromi señala que los distintos tipos de actos que han intervenido en la formación del contrato son separables, susceptibles de ser aislados y atacados por los medios jurídicos que la ley autoriza. Este criterio fue adoptado por el Consejo de Estado Francés (1903) en el arret commune de

Gore, pero el fallo que sentó definitivamente la doctrina fue el del arret Martin (1905)¹⁰⁹. Antes de este fallo los jueces se rehusaban a examinar la irregularidad de los actos previos al contrato.

Los mencionados fallos del Consejo de Estado Francés pusieron fin a la situación existente, por cuanto separó los actos previos al contrato y éste, con el objeto de permitirles no sólo a los oferentes o participantes en el proceso de selección, sino también a cualquier persona interesada en la legalidad o en la defensa del patrimonio público demandar tales actos.

3. DECRETO 528 DE 1964

En Colombia sólo a partir del Decreto 528 de 1964 se le atribuye a la Jurisdicción Contencioso Administrativo la competencia para conocer de las “controversias relativas a los contratos administrativos”, por lo que, a partir de dicha norma es que se hará el análisis en torno a la evolución jurisprudencial de los actos precontractuales o separables del contrato.

Sin embargo, como el citado decreto no estableció la acción contenciosa para dirimir los conflictos derivados de este tipo de conflictos, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado elaboró una doctrina al respecto, inicialmente en providencia del 6 de abril de 1972 precisó:

“...Que la acción pública de nulidad, en cuanto reconocida por el artículo 66, a toda persona, no es procedente respecto de los contratos o convenciones administrativas, precisándose que de igual manera que en el derecho francés se excluye la acción de los contratos administrativos que solo son susceptibles de la de plena jurisdicción, sin perjuicio que aquella proceda, como también sucede en el régimen colombiano contra los actos separables de los mismos”.

En ese sentido se pronunció en sentencia del 21 de febrero de 1973, al disponer que:

Todas las controversias que tuvieran su origen en un contrato se ventilarán por la acción de plena jurisdicción, conocida hoy como de nulidad y restablecimiento del derecho.

La acción de nulidad sólo era procedente contra los actos separables del contrato y en aquellos eventos en que se demandara la nulidad absoluta de éste por parte del agente del Ministerio Público, en aras de la moral o de la ley, o por un tercero que tuviera interés en ello, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Igual Postura se sostiene en sentencia del 18 de noviembre de 1976, expediente 1817, con ponencia de Jorge Valencia Arango, para recordar que la acción pública de nulidad es improcedente en relación con los contratos o convenciones administrativas como si frente a los actos separables.

Criterio que se mantuvo en sentencia del 12 de abril de 1978, expediente 1492, con ponencia de Carlos Betancur, al establecer

“Que la acción pública de nulidad es procedente contra los contratos administrativos a condición de que la promueva el Ministerio Público, por causa u objeto ilícitos, en interés público o social; por esto, la acción, que es pública, no es popular (ex. 1910). Ha sido la jurisprudencia tradicional del Consejo que es posible obtener la anulación de los contratos en lo que es parte la administración, cuando exista un vicio que los llegue a convertir en nulos, pero esto debe serle solicitado al juez mediante un recurso de plena jurisdicción.”

4. DECRETO LEY 01 DE 1984

En ejercicio de la facultades extraordinarias conferidas al ejecutivo mediante la Ley 58 de 1982, se expidió el Decreto 01 de 1984, por el cual se reformó el Código Contencioso Administrativo¹¹⁰, dicha norma se ocupó de regular en el artículo 87¹¹¹, lo pertinente a las acciones relativas a contratos, excluyendo de la misma, a los actos separables del contrato, tal como lo prescribía, expresamente, el inciso tercero de la citada disposición: “Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este código”.

Por su parte el artículo 136, del mismo decreto al referirse al término de caducidad para las diferentes acciones, estableció en el penúltimo inciso que **“Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato.”**

Sobre el tema la jurisprudencia de la Sección Tercera, en sentencia dictada el 7 de febrero de 1990, expediente 5604, con ponencia de Carlos Betancur Jaramillo precisó lo siguiente:

“El Decreto 01 de 1984 no fue afortunado en el trato que le dio a los actos administrativos contractuales en cuanto a las acciones, caducidad, oportunidad y procedimiento. En tal forma la jurisprudencia, para ajustarse a las exigencias del código, distinguió los separables de los contractuales propiamente dichos y aceptó que aquellos eran los dictados por la administración antes de la celebración del contrato, y que podían existir aunque el contrato no llegara a celebrarse; y éstos, los dictados luego de su celebración, y que no podían darse sin la existencia de éste, por incidir en la relación comercial misma.

“Con estas precisiones se aceptó que los separables estaban sometidos a las mismas reglas establecidas para los actos administrativos en general, en cuanto a sus acciones (Nulidad y restablecimiento, artículos 84 y 85, en armonía con el 87 in fine), caducidad de cuatro meses (artículo 136 inciso 2º.) y procedimiento ordinario a seguir (artículos 206 y

siguientes); y que los contractuales estaban sometidos a las acciones provenientes de los contratos (artículo 85 inciso 1°), a la caducidad de dos años prevista en el inciso 7° del artículo 136, y al procedimiento especial regulado en los artículos 217 y siguientes.

“Aunque durante la vigencia del inciso 8° del artículo 136 se debatió la índole del acto de adjudicación cuestionando incluso la calificación legal y dándole el carácter de bilateral por constituir, una vez notificado el vencedor de la licitación o concurso, el convenio mismo, esta Sala logró acuerdo en el sentido de que cuando el acto de adjudicación se impugnaba con prescindencia del contrato que se había celebrado con el adjudicatario (no se pide la nulidad de éste ni la adjudicación al licitante vencido) la controversia no difería fundamentalmente de las propias de los demás actos administrativos; pero que si la pretensión anulatoria del acto de adjudicación se acumulaba con otra u otras pretensiones que tuviesen que ver con el contrato, por ejemplo, la nulidad absoluta de éste por ilegalidad de la adjudicación, la controversia sería contractual”

Con este fallo en relación con el acto de adjudicación se adoptó una tesis ecléctica, consistente en que:

Si se impugnaba sólo el acto de adjudicación la controversia era separable, esto es, se sometía al régimen de las acciones ordinarias, por ende, la caducidad era de cuatro (4) meses y se tramitaba por el procedimiento ordinario incorporado en el artículo 207 del C.C.A.

Si la demanda del acto de adjudicación se acumulaba con otras pretensiones relacionadas con el contrato, la controversia tenía carácter contractual y se regía por una caducidad de dos (2) años y se tramitaba por el procedimiento especial que traía el artículo 217 *ibídem* para este tipo de acciones.

5. DECRETO LEY 2304 DE 1989

En el año de 1989 se expidió el Decreto-ley 2304 de 1989, norma mediante la cual se introdujeron algunas reformas al Decreto 01 de 1984; entre las disposiciones modificadas se encuentran los artículos 87 y 136 a que se ha hecho referencia.

El nuevo artículo 87, no hizo mención a los actos separables del contrato, de tal suerte que la impugnación de dichos actos seguiría la regla general de los demás actos administrativos, no relacionados con el contrato, toda vez que el objeto de la controversia contractual versaría únicamente sobre aspectos referidos al contrato, su existencia, o inexistencia, su nulidad, revisión económica, incumplimiento contractual, condena por los perjuicios causados y otras declaraciones.

Por su parte, el modificado artículo 136, suprimió la condición de que la impugnación de los actos separables sólo podía intentarse después de la terminación o liquidación del contrato y, en consecuencia, la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, contra dichos actos podía intentarse desde el momento mismo de la notificación, publicación o expedición del acto, tal como se sostuvo en la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Exp. 9807, con ponencia de Ricardo Hoyos Duque.

No obstante la modificación de que fue objeto el Código Contencioso Administrativo, mediante el Decreto 2304 de 1989, la Jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 10 de marzo de 1994, Exp. 9118, M.P. Juan de Dios Montes, mantuvo la misma postura en torno a los actos separables del contrato, como puede advertirse en el siguiente pronunciamiento:

“El Decreto 2304 de 1989, por sus artículos 17 y 23 modificó los artículos 87 y 136 del C.C.A. y eliminó de ellos los textos transcritos; sin embargo, la situación de los actos contractuales y de los separables continuó igual, según diversas manifestaciones jurisprudenciales, con la salvedad de que la impugnación, por vía jurisdiccional, de estos últimos se podía hacer sin la limitación del artículo 136 antes transcrito; en otros términos, la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho se podía intentar desde el momento de su expedición, para todos ellos y no solamente para el acto de adjudicación.

Dentro de este contexto se admitieron demandas de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho contra diversos actos previos, tales como resoluciones de apertura de licitación, pliegos de condiciones, actos de adjudicación y aquellos por los cuales se declara desierta la licitación o el concurso, una vez expedidos dichos actos y sin que se cuestionara al mismo tiempo el contrato que pudo haberse celebrado; algunos de estos casos son invocados por los recurrentes como fundamento de su argumentación.

En lo demás, como se dijo, la situación no varió: los actos separables (vale decir los precontractuales), se podían cuestionar, bien con independencia del contrato a través de las acciones previstas por los artículos 84 y 85 del C.C.A., o bien como fundamento de la nulidad del contrato, evento en el cual, se entendía que la acción revestía naturaleza contractual.”

Con este fallo si se demandaba únicamente el acto previo, la caducidad era de cuatro (4) meses, que la ley establecía para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho por el artículo 136 del C.C.A. La acción de nulidad, que es la que procedía, generalmente, en la etapa precontractual, no tiene caducidad. El procedimiento es el ordinario del artículo 207 *ibídem*. La jurisprudencia se elaboró, principalmente, en torno al acto de adjudicación del contrato.

Si la demanda incluía tanto el acto anterior al contrato como éste, la caducidad era de dos (2) años y el procedimiento el del artículo 207 del mismo estatuto, por cuanto corresponde a un litigio de naturaleza contractual.

Es de advertir, que el artículo 45 del Decreto 2304 de 1989 abolió el procedimiento especial que consagraba el artículo 217 del Decreto 01 de 1984 para las acciones contractuales.

6. LEY 80 DE 1993

Luego el legislador expidió la Ley 80 de 1993, norma que en su artículo 77 dispuso lo siguiente:

“... Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

PARAGRAFO 1o. *El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

PARAGRAFO 2o. *Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.”*

Sobre el contenido y alcance de esta disposición resulta pertinente traer a colación las diversas posiciones fijadas por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con la naturaleza de los actos administrativos proferidos “con motivo u ocasión de la actividad contractual” y la clase de acción que procedía para impugnarlos.

En la providencia del 10 de marzo de 1994, expediente 9118, antes citada, la Sala precisó que la actividad contractual a que hace referencia el artículo 77 del Estatuto Contractual, comprendía la totalidad de las actuaciones administrativas que giraban en torno al contrato estatal, bien se tratara de actos previos, concomitantes o posteriores a su celebración y ejecución y que no existía razón alguna que justificara la exclusión de actos expedidos dentro de las distintas etapas de este procedimiento, razón por la cual todos éstos eran actos contractuales cuya impugnación debía tramitarse mediante el ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales, regulada por el artículo 87 del C.C.A., con excepción de los siguientes actos, los cuales podían impugnarse mediante la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento:

i) El de calificación y clasificación de proponentes inscritos en la Cámara de Comercio (Artículo 22, numeral 5°);

ii) El acto de adjudicación (Artículo 30, numeral 11) y

iii) El acto mediante el cual se declara desierta la licitación o el concurso (Artículo 25, numeral 18).

A continuación se transcriben los apartes pertinentes:

“a) Eliminadas las dos alusiones del Decreto 01 de 1984 a los llamados actos separables, por virtud del Decreto 2304 de 1989, según lo visto, no existe hoy precepto que regule el régimen de control jurisdiccional de los actos contractuales, distinto del artículo 77 y 45 de la Ley 80 de 1993.

b) Esta circunstancia y el hecho de que, excepcionalmente, la mencionada ley haga referencia de ciertos actos para permitir frente a ellos acciones distintas de la contractual, está indicando que la regla general para todos los actos contractuales está prescrita por el mentado artículo 77.

Así ocurre, por ejemplo, con la calificación y clasificación de proponentes inscritos en las cámaras de comercio que puede ser objeto... de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho” (artículo 225); el acto de adjudicación (parágrafo 1o. del artículo 77), y su contrario, el acto por el cual se declaran desiertos la licitación o el concurso, por su propia naturaleza, y por la aplicación remisoria; que establece el mismo artículo 77, del C.C.A. (en éste, los artículos, 50, incisos primero y final, 83, 135 inc. 1o., y 138 inc. 3o.).

e) Por consiguiente, cuando el artículo 77 de la ley se refiere a los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual, está comprendiendo, bajo una denominación única, a todos los actos, tanto los previos al contrato como los posteriores a su celebración y los está sometiendo a todos ellos a un recurso único por la vía gubernativa: el de reposición, y a una sola acción contenciosa: la contractual, salvo que excepcionalmente la propia ley haya permitido que ciertos actos, tres en total, puedan ser impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

d) En consonancia con lo anterior y - teniendo en cuenta que la acción contractual parte del supuesto de la celebración del contrato; es claro que los actos previos a él, con las excepciones vistas, solamente se podrán impugnar con posterioridad a dicha celebración, conjuntamente con el contrato, o con independencia de él (parágrafo 2o. artículo 77), pero siempre bajo la égida de la misma acción¹¹²” (subrayado no es del original)

El Consejo de Estado, en auto dictado el 6 de agosto de 1997, expediente 13945, modificó el criterio y admitió que otros actos administrativos, diferentes de aquellos contemplados dentro de las tres excepciones, también podían ser enjuiciados por una acción diferente de la contractual, a través de la acción de simple nulidad, como lo era el acto de apertura de la licitación, oportunidad en la cual manifestó lo siguiente:

“Para la Sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder. En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas.

Estas breves razones justifican la procedencia de la acción de simple nulidad propuesta, la cual encuentra también su justificación en el hecho de que la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no sólo se volvió pública con la ley 80 de 1993 (art. 45), sino que esta misma ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten.

En este sentido y para la procedencia de la causal de nulidad contemplada en el ordinal 4º del artículo 44 de la mencionada ley, habrá que aceptar que ciertos actos previos a la celebración del contrato podrán demandarse, por cualquier persona, en acción de simple nulidad (artículo 84 del C.C.A.). En este sentido ya la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de apertura de una licitación o concurso y de adopción de pliegos de condiciones. Así mismo ha tramitado acciones de simple nulidad contra los actos de las asambleas o concejos que autorizan a los gobernadores o alcaldes para la celebración de ciertos contratos.”(Subrayado es de la Sala)

Posteriormente el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 9118, con ponencia de Ricardo Hoyos Duque, en un nuevo lineamiento precisó que el concepto y alcance de la actividad contractual, debía interpretarse en forma restrictiva y que tan solo comprendía los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato; así mismo, hizo una clara distinción entre el régimen de los actos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato y aquel que gobierna los actos proferidos posteriormente, al respecto precisó que los primeros podían ser impugnados mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que los segundos solo serían enjuiciables mediante la acción relativa a controversias contractuales, pronunciamiento cuyos aspectos más significativos se trasciben a continuación:

“En esta oportunidad se afirma que el concepto de 'actividad contractual' tiene el alcance restrictivo explicado anteriormente, es decir que comprende sólo los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, por las siguientes razones:

1. La Constitución Política desde el preámbulo - cuyo carácter normativo ha sido reconocido en forma expresa por la Corte Constitucional¹¹³ - y el artículo 1º establecen dentro de los principios fundamentales de nuestro Estado de derecho el de la participación.

El numeral 6 del artículo 40 y el artículo 85 de la Carta Política lo consagran en forma especial como derecho constitucional de aplicación inmediata, esto es, no supeditado a “desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contempla condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que es exigible en forma directa o inmediata¹¹⁴”, el derecho de todo ciudadano a participar en el control del poder político a través de la interposición de acciones públicas en defensa de la constitución y la ley.

2. Pero también el derecho de participación en la contratación estatal tiene expresión legal en los artículos 45 y 66 del estatuto contractual cuando señala el primero, que la nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada “...por cualquier persona...” y el segundo, que todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a vigilancia y control ciudadano y que permite denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares que constituyen delitos, contravenciones o faltas en materia de contratación estatal.

3. De otro lado, la redacción del ordinal 7º del artículo 24 de la ley 80 de 1993 parece inclinarse por la interpretación restrictiva de la expresión “actividad contractual” porque en su texto separa conceptualmente los actos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de los previos o separables del contrato, redacción que no hubiera sido necesaria si la categoría fuese omnicompreensiva de todo tipo de actos.

4. La misma separación conceptual de las distintas categorías de actos que avala la interpretación restrictiva se encuentra en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 cuando expresa que ‘...la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal...’, de donde se desprende que unos son los actos expedidos con motivo de la actividad contractual y otros los actos previos correspondientes al proceso de selección.

5. Finalmente, en sentido puramente gramatical y lógico sólo cabe hablar de actos de la actividad contractual después de la celebración del contrato y éste, en la ley 80 de 1983, sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito (artículo 41 ibídem).”

7. LEY 446 DE 1998

La Ley 446 de 1998, acogió el criterio jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado en cuanto al alcance del concepto de actividad contractual y definió, que los actos previos a la celebración del contrato podían ser demandados mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, en un plazo perentorio de treinta (30) días, pero condicionado, ya que una vez celebrado el contrato, solo podían impugnarse mediante la acción contractual y como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

El inciso segundo del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo el artículo 87 del C.C.A. dispuso:

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”

La norma transcrita introdujo aspectos importantes para la impugnación de los actos administrativos previos o separables del contrato, a saber:

i) permitió varias opciones para ejercer su control por vía jurisdiccional, mediante tres clases de acciones, la de nulidad, la de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual.

ii) Estableció como condición para incoar las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos separables, que el contrato no hubiere sido celebrado.

iii) La oportunidad para ejercer las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho fue fijado en 30 días, contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto, lo cual, constituye una excepción en materia contractual, puesto que se aplica un plazo de caducidad diferente del previsto para estas mismas acciones cuando se impugnan los actos administrativos en general, el cual está previsto por la ley, por regla general, en cuatro (4) meses para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en cualquier tiempo para la acción de nulidad.

iv) Los actos pre-contractuales podrán ser impugnados mediante la acción contractual después de celebrado el contrato siempre y cuando se pretenda la nulidad absoluta del contrato como consecuencia de la ilegalidad del acto que se acusa.

Respecto al término para demandar el acto que declara desierto el proceso de selección no fue un tema pacífico en la jurisprudencia. Inicialmente anotó que la disposición del hoy modificado **artículo 87 del C.C.A.**, ***“se aplica a los actos precontractuales siempre y cuando estén relacionados con la actividad contractual, y que no se aplica al acto que declara desierta una licitación o concurso público, a pesar de ser acto precontractual; esto, porque la declaración de desierto, por la materia de la decisión, manifiesta la voluntad administrativa dirigida a frustrar, precisamente, el procedimiento de licitación o concurso de méritos, impidiendo la celebración del contrato o la negociación económica, según el caso. Estas dos razones, de causa y efecto, hacen visible que el acto que declara desierta la licitación no se profiere “con ocasión de la actividad contractual”. Por lo tanto se entiende que el término de caducidad para el acto de declaratoria de desierto de una licitación o de un concurso de méritos, sigue la regla general para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es decir, cuatro meses, contados a partir del día siguiente de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso”***.¹¹⁵

Posteriormente, expresó “... el acto administrativo que declara desierta la licitación o concurso también es de aquellos expedidos con ocasión de la actividad contractual, pues por su naturaleza, uno de los efectos de esa decisión es truncar el proceso contractual iniciado con anterioridad y por lo tanto sí es aplicable el inciso 2º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, razón por la cual la Sala modificará sus tesis anterior ... En efecto, la posición anterior solo era aplicable a los actos precontractuales relacionados con la actividad contractual y excluía el que declaraba desierta la licitación, a pesar de ser precontractual, porque dicho acto manifiesta la voluntad de la Administración de frustrar el procedimiento licitatorio o concursal, impidiendo la celebración del contrato, y por lo tanto no se profiera con ocasión de la actividad contractual.”¹¹⁶

Sin embargo, para el Consejo de Estado¹¹⁷ antes de la vigencia del actual código solo mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se puede enjuiciar el acto de adjudicación, la cual debe ser interpuesta por quien se crea lesionado en sus derechos, único legitimado para intentarla y no por alguien ajeno al proceso licitatorio, que simplemente pretenda asegurar la regularidad de la actuación administrativa. Es decir, sólo quienes tuvieron un interés legítimo por haber formulado una oferta y la entidad que ha adelantado el proceso, tienen vocación para ocurrir ante la jurisdicción una vez concluya el procedimiento licitatorio en busca de la revisión de legalidad del acto de adjudicación, a través de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.

8. LEY 1437 DE 2011

Por último, se expide la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que establece frente a los actos separables, el tipo de pretensiones, la acumulación y el plazo para demandar en los siguientes términos:

En cuanto a las pretensiones, como este estatuto retoma el concepto clásico de la acción, en principio no habla de acciones contenciosas, sino de medios de control para identificar los diferentes tipos de pretensiones que pueden incoarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 dispone que los actos previos se pueden demandar a través de las pretensiones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, esto es, dependiendo de la naturaleza del acto y de los legitimados para ello, además de la pretensión contractual.

En cuanto a la oportunidad para pretender la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, se incorpora un término común de cuatro meses (4), superior al del anterior código, que era de treinta (30) días, es decir, que siguen la regla general de caducidad de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, cuatro (4) meses, con independencia de que se expidan con ocasión o no de la actividad contractual, sin condición alguna, en cuanto a que si el contrato sea celebrado, procede ejercer el medio de control de legalidad, claro está siempre y cuando se ejerza dentro de la oportunidad legal para ello.

9. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, el marco jurídico de la contratación pública ha estado signado históricamente por sus vacíos normativos, generadores indiscutible de inseguridad jurídica, no solo frente a los jueces, sino también en lo fundamental, respecto de los asociados que se relacionan con el Estado bajo el instrumento del contrato, debiendo ser llenados por la jurisprudencia del Consejo de Estado y se destaca de esa evolución el instituto de los actos separables y la entrega de la jurisdicción contencioso administrativo, pese al silencio del legislador al definir la acción por la que serían enjuiciables. Igualmente, precisó el alcance del concepto de actividad contractual, al considerar que los actos separables, son aquellos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, criterio que recogió en forma acertada la Ley 446 de 1998.

La conclusión general que puede extraerse de esta evolución consiste en la filiación del derecho público que posee la responsabilidad contractual del

Estado, con las concepciones imperantes en los derechos francés y español, mediante un proceso que ha culminado con el reconocimiento de los actos separables del contrato, que se materializa a través del control de legalidad por medio de las pretensiones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y, contractual, el cual puede ejercer cualquier persona, los oferentes, inclusive el Ministerio Público, además de la oportunidad legal para demandarlos.

¹⁰⁷ Ponencia presentada en el XIX Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Santiago de Cali, octubre 2 al 5 de 2013.

¹⁰⁸ Abogado, Universidad del Atlántico. Especialista Derecho Administrativo, Universidad Pontificia Bolivariana; Magíster Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública (Madrid-España); Estudios Doctorado, Derecho Público”, Universidad de Alcalá de Henares (España). Actualmente Magistrado Tribunal Administrativo de Bolívar.

¹⁰⁹ DROMI, José Roberto, La licitación pública, Astrea, Buenos Aires, 1980, págs. 421 y s.s.

¹¹⁰ El antiguo Código Contencioso Administrativo se encontraba contenido en la Ley 167 de 1941 y el Decreto 2733 de 1959.

¹¹¹ El artículo 87 del Decreto 01 de 1984 prescribía: “Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la Administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativo, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él”.

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 10 de marzo de 1994, Exp. 9118.

¹¹³ “Corte Constitucional, Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992.”

¹¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-469 del 17 de julio de 1992.”

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 7 de junio de 2001, Exp. 19583.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 2 de agosto de 2006, Exp. 301451.

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 18 septiembre de 2011, Exp. 19936.

COMENTARIOS SOBRE ALGUNAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR EN MATERIA ADUANERA.

Alfredo de Jesús Moreno Díaz¹¹⁸

1. Introducción:

Durante muchos años la academia cartagenera especialmente en el campo jurídico estuvo de espaldas a la condición de puerto marítimo de nuestra ciudad. Resulta que la posición geográfica privilegiada de nuestra bahía la ha convertido con el paso de los años en el punto de embarque y desembarque de mercancías sometidas a tráfico internacional con uno de los mayores movimientos en nuestro país. Sin embargo, las escuelas de derecho locales no incluían dentro de sus planes académicos el estudio de las legislaciones marítima, portuaria y aduanera, de manera que los profesionales del derecho cartageneros hasta hace algún tiempo no tenían formación en estas aéreas jurídicas.

Naturalmente esto influyó en el escenario jurisdiccional y específicamente en la jurisdicción de contencioso administrativo a nivel local, pues la dinámica de las operaciones de importación, exportación y tránsito que se adelantan ante la autoridad aduanera generan muchos procedimientos administrativos que culminan con actos administrativos sancionatorios, los cuales finalmente son sometidos a control de legalidad ante el juez administrativo. La influencia de la falta de formación académica en el subsistema normativo aduanero fue notoria en las providencias del Tribunal Administrativo de Cartagena durante muchos pues se utilizaba preferentemente un criterio de interpretación gramatical de las normas, no se hacía un ejercicio de armonización de la legislación aduanera con el sistema normativo colombiano, en especial con los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo sancionador, y finalmente podemos decir, que el Tribunal local estuvo muy apegado a las sentencias del Consejo de Estado, sin promover modificaciones al estado del arte.

No obstante lo anterior, gracias a la renovación que se ha dado en el Tribunal de Bolívar a partir del año 2008 en adelante, se nota una apropiación del fenómeno jurídico aduanero, que ha propiciado el

ejercicio de un control de legalidad sobre las decisiones de la autoridad aduanera más eficiente en cuanto a producción de sentencias y más calificada en tanto se viene construyendo doctrina local con buen fundamento en la teoría del acto administrativo, en una aplicación armónica de las normas aduaneras con los principios constitucionales y especialmente con el debido proceso.

En nuestro criterio lo más rescatable de la labor del Tribunal Administrativo de Bolívar en los últimos años frente al régimen aduanero es que ha desmitificado la idea de que estamos en presencia de un subsistema normativo específico que no era permeable al control de legalidad con base en el sistema normativo colombiano, al cual pertenece y le debe subordinación.

Por eso, en este breve documento académico vamos a resaltar el contenido de algunas providencias de esa corporación relacionadas con el tema aduanero, y para ello seleccionamos cuatro sentencias que hacen referencia al decomiso de mercancías, escogidas un tanto al azar.

2 .Las actuaciones aduaneras de decomiso.

Como lo habíamos destacado, de las operaciones de comercio exterior sobrevienen actuaciones administrativas en las cuales en las cuales la autoridad aduanera ejerce sus facultades de fiscalización y control, con el fin de verificar el cumplimiento de las normas que regulan las operaciones aduaneras o revisar el comportamiento de las empresas que están sometidas a su vigilancia en cuanto son usuarios y auxiliares de la función pública aduanera.

Estas actuaciones se inician de oficio y están sometidas a un procedimiento que busca garantizar el ejercicio del derecho de defensa por parte de los usuarios y que termina con un acto administrativo

particular y concreto que puede ser objeto de control de legalidad ante la propia administración y posteriormente ante la jurisdicción contenciosa administrativa

Dentro de ese grupo actuaciones administrativas que podemos calificar de contenciosas, se encuentra unas que denominados comúnmente como de DECOMISO, que tienen por objeto definir la situación aduanera de las mercancías que son aprehendidas por estar incursas en alguna de las causales previstas por el artículo 502 del Estatuto Aduanero.

En efecto en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 21 del Decreto 1198 del 2000, se establece las causales de aprehensión de las mercancías, las cuales se tipificaron en consideración al incumplimiento de determinadas obligaciones por parte de los sujetos responsables de la obligación aduanera que repercuten esencialmente en la situación de la mercancía, la cual es menester definirla mediante el procedimiento administrativo especialmente creado para ello.

En el fondo todas las causales descritas en la norma anterior, implican el incumplimiento de las reglas establecidas para la introducción, permanencia o movilidad de las mercancías de procedencia extranjera en el territorio nacional.

Desde siempre en la legislación aduanera se han manejado dos supraconceptos que engloban las causales de aprehensión que son los de MERCANCIA NO PRESENTADA Y MERCANCIA NO DECLARADA con los cuales se hace alusión al incumplimiento de las obligaciones básicas que se tienen que cumplir para formalizar la introducción de la carga al país, esto es, presentar y declarar la mercancía ante la autoridad aduanera.

Estas actuaciones administrativas se inician con la retención temporal de las mercancías que presenten alguna irregularidad que se materializa con el acto dominado APREHENSION DE LA MERCANCIA y terminan con el DECOMISO a favor de la nación o la devolución de la mercancía al interesado.

Los problemas más frecuentes que se llevan ante los estrados judiciales, en cuanto al decomiso de mercancías, están relacionados con la descripción de ella se hacen en los documentos aduaneros.

Siendo consecuentes con ello, procederemos a comentar algunas providencias del Tribunal Administrativo de Bolívar donde se aborda esta problemática.

3. Comentarios sobre sentencias del Tribunal

3.1 Sentencia del 16 de marzo de 2012

Radicado 13 001 23 31 000 2000 339

01. Demandante Textiles Doral
Demando DIAN.

MP LUIS VILLALOBOS ALVAREZ.

En este caso se declaró el decomiso de una mercancía que se describió en la declaración de importación como un tejido no texturizado clasificando la mercancía por la partida arancelaria 540761 y al ser sometida a inspección física previa al levente y sometida a examen merciológico, se estableció que en realidad era un poliéster 100% texturizado de la partida 540752. Lo particular de la controversia radica en las posiciones arancelarias causaban el mismo pago de tributos aduaneros.

La providencia analizada resuelve este punto, con los siguientes planteamientos:

“Advierte la sala, que si bien los gravámenes a la importación y el IVA son los mismos en las dos subpartidas en controversia, asunto que no es relevante en subjuice, el propósito del control aduanero es mantener un clima de seguridad en las operaciones de comercio exterior y tener la certeza de que la mercancía que se importa, sea la que en realidad llega al país, porque cuando esto no ocurre, el Estado no tiene seguridad sobre la clase de mercancía que se introduce al país y pretende circular dentro de él.”

COMENTARIOS

Resulta destacable el hecho que el tribunal acuda al principio de seguridad jurídica para fundamentar la decisión de confirmar el decomiso decretado en este caso, lo cual evidencia la idea que el carácter especial de la legislación aduanera no impide que al momento de someterse a control de legalidad las decisiones adoptadas por la autoridad aduanera, el juez administrativo acuda a los principios consagrados de manera general en nuestro sistema normativo, lo cual reduce la pretensión de especificidad del derecho aduanero que en ocasiones se percibe en la defensa judicial que plantea la DIAN en los procesos que se adelantan en su contra.

Sin embargo, en nuestro criterio resultaba más preciso utilizar expresamente el subprincipio de identidad que rige la regla de declaración de las mercancías, el cual se deduce de las obligaciones que se establecen a cargo del declarante y de la importancia jurídica que tiene la declaración de importación, en virtud del cual debe existir absoluta correspondencia entre las características físicas, reales y materiales de la mercancía y la descripción que de ella se hace en la declaración de importación, de tal suerte que si se rompe esa identidad, estamos potencialmente en presencia de la causal de decomiso de mercancía no declarada.

Decimos potencialmente porque según la regla jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado, es necesario valorar el dato omitido en la descripción de la mercancía con el fin de establecer si tiene impacto relevante para efectos de la individualización y singularización de la mercancía. Lo anterior indica que en realidad el subprincipio de identidad es relativo pues en últimas se satisface

cuando los datos con los cuales se hace la descripción de la mercancía en la declaración de importación dan cuenta de sus elementos esenciales que impiden que se confunda con otra de su mismo género y especie.

3.2 Sentencia del 27 de abril de 2012. MP LIGIA RAMIREZ

RADICADO 13 001 23 31 000 2002 00479 00
FAMOC DE PANEL VS DIAN.

En este caso se demandó el decomiso de una mercancía que se hizo porque fue declarada como partes y piezas, pero al ser sometida a inspección previa al levante, se estableció que se trataba del artículo completo. Es decir, la mercancía llegó completa al país, pero desarmada.

Se dice en las conclusiones de la providencia:

“Ello implica, como bien lo adujo la entidad demandada que debió declarar la mercancía importada como partes, sino, como un artículo terminado: así, de conformidad con las Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Común Andina 1996, que señala:

.....

Lo anterior quiere decir que los artículos incompletos (partes del artículo) siempre que de ellos se determine que presentan las características o elementos esenciales del artículo completo o terminado, igual interpretación se extiende cuando se trata de aquellos que son desmontados o sin montar todavía.”

COMENTARIOS

Se valora de la providencia el hecho de acudir como complemento de la fundamentación de la decisión a la Reglas Generales de Interceptación del Sistema Armonizado de clasificación de mercancías.

En efecto la clasificación de las mercancías debe hacerse siempre con base en las Reglas Generales Interpretativas establecidas en el sistema armonizado de designación y codificación de mercancías que es un convenio internacional del cual Colombia es parte desde el 21 de Octubre de 2002, aprobado por la ley 646 de 2001. Se trata entonces de reglas que hacen parte de lo que podemos denominar el bloque de legalidad que integra el sistema aduanero colombiano.

No obstante lo anterior, desde el punto de vista argumentativo, no se hace una explicación del porque se acude a estas reglas, lo cual implicaba que el Tribunal hiciera referencia no solo al carácter vinculante de las Reglas de Interpretación, sino a la relación que existe entre descripción de la mercancía y su clasificación arancelaria. El punto es relevante porque en muchos casos se plantea que no todo defecto en la descripción de la mercancía configura la causal de aprehensión, pues en ocasiones solo se trata de una controversia de clasificación arancelaria que se resuelve con una medida diferente al decomiso de la mercancía.

Hubiera sido una buena oportunidad para establecer una pauta interpretativa al respecto. En nuestro criterio, si se acude a las reglas de la experiencia en el campo de las operaciones de comercio exterior, lo primero que se debe tener claro antes de formalizar el negocio jurídico es la descripción de la mercancía para con base en todas sus características que la individualizan proceder a ubicarla en la posición arancelaria correspondiente y para ello se acuden a las reglas de interpretación del arancel. Pero debe tenerse en cuenta que la descripción de la mercancía en la declaración de importación no puede limitarse a transcribir la descripción que trae el arancel de aduanas, pues esta es una descripción siempre genérica, que es necesario complementar con los datos específicos de cada mercancía. Siempre que se trata de omisión en la descripción estaremos en presencia de un problema de definición de la situación jurídica de la mercancía.

3.3 Sentencia del 10 de octubre de 2013.

Radicado 13 001 33 31 003 2012 2443-01
MP ARTURO MATSON CARBALLO.
Demandante SHELL SA DEMANDO DIAN.

En esta oportunidad se trató de la revisión de un caso en donde la DIAN decomisó una mercancía debido a la existencia de un exceso de peso entre lo declarado y la mercancía que efectivamente se pretendía nacionalizar.

Lo que nos interesa destacar de esta providencia es el hecho que el Tribunal se planteara como problema jurídico secundario que si en virtud del principio de la buena fe era dable exonerar de la sanción del decomiso al importador. Lo anterior considerando que se demostró en el proceso que este había informado o avisado a la autoridad aduanera la existencia de dicho exceso.

En la sentencia, luego de analizar la estructura y alcance del artículo 83 de la Constitución Política y de citar la sentencia C-544 de 1994 de la Corte Constitucional, concluye frente al caso lo siguiente:

“El avisar a la administración de aduanas la existencia de un exceso en el total de la mercancía importada, era un deber constitucional que tenía la sociedad importadora, y el procedimiento a seguir era el decomiso de la mercancía importada por parte de la administración de aduanas, no siendo el hecho de avisar el exceso de mercancía, una causal eximente de responsabilidad administrativa, ni una exoneración al decomiso de la misma, pues la consecuencia legal del ingreso al territorio nacional de la mercancía no declarada es el decomiso de esta.

A juicio de la Sala, no se puede librar la demandante del decomiso de la mercancía por el hecho de haber avisado tal situación a la administración de aduanas, pues precisamente ese hecho de poner en conocimiento a la DIAN tal situación, era un deber propio del actuar de buena

fe que deben respetar tanto los particulares como el mismo Estado, por consiguiente no se podrá declarar la nulidad de los actos acusados por haber actuado la sancionada con buena fe, pues como se ha explicado era su deber actuar de esa forma.”

Resulta interesante como la providencia marca una pauta interpretación en relación con la aplicación del principio de buena fe, que es un argumento recurrente de los usuarios aduanero en contra de las decisiones sancionatorias de la DIAN, en el sentido de valorar la conducta del usuario aduanero y verificar si su actuación se encuentra dentro de lo mínimo que se espera de él frente al cumplimiento de las obligaciones aduaneras. Podríamos aventurarnos a deducir que solo cuando la actuación del particular frente a la DIAN supera esa carga mínima de buen comportamiento sería dable acudir al principio de buena fe como causal eximente de responsabilidad.

Lo que podríamos complementar de la postura del Tribunal es en este tipo de procesos lo que se define es la situación jurídica de la mercancía y no la responsabilidad de los titulares de derechos sobre la misma frente la comisión de infracciones administrativas, penales o cambiarias. Lo decimos porque es posible que como consecuencia de la declaratoria de decomiso de una mercancía importada sobrevengan otras actuaciones de tipo sancionatorio, por ejemplo de tipo penal por la posible comisión del delito de contrabando y de tipo cambiario que incluso parte de una presunción de violación al régimen de cambios en cuanto al reembolso de las divisas. Además es necesario considerar el hecho que en estos procesos la carga de la prueba se invierte, de tal forma que le corresponde al interesado demostrar la legalidad de la introducción y permanencia de la mercancía al país, lo que hace más restringida la posibilidad de aplicar el principio de buena fe en este tipo de actuaciones.

Pero insistimos en lo meritorio que el Tribunal haga una propuesta metodológica para la aplicación del principio de buena fe. Lo decimos porque se echa de menos en la doctrina nacional, la existencia de un estudio metódico de los principios del derecho aduanero y especialmente de los aplicables al régimen sancionador.

Por eso alzando la vista hacia otros horizontes, encontramos que el argentino Horacio Félix Aráis, ha elaborado un estudio sobre los principios del derecho aduanero, en donde nos precisa que por principio se debe entender como el punto de partida, donde principia algo. Por ello, en el derecho, a los principios se los ha de encontrar de manera analógica en las cuestiones más raigales.

Este autor luego de recordarnos que es a partir de DWORKIN que se reconoce que el sistema jurídico no solo se apoya en un sistema de reglas, sino que, además, el derecho es un sistema de principios jurídicos, nos explica que hay principios jurídicos sectoriales, porque cada norma o conjunto de normas, o rama del derecho Positivo, está animado por uno o por varios principios reguladores, que pretenden ser traducidos con la mayor fidelidad a través de la particular estructura formal normativa.

De acuerdo con esta idea, detrás de la regulación de conducta que contiene toda norma, existe algún principio que queda impreso en la misma. Por consiguiente puede afirmarse que el fin de la norma equivale al principio de esta, de manera que para mandar ciertas conductas, la norma deberá ser fiel a dicho principio.

Los principios son sectoriales porque no abarcan todo el ordenamiento jurídico sino un sector de este, lo cual explica la posibilidad de ser deducidos mediante un proceso de inducción.

Entrando en el campo del derecho aduanero, este autor, distingue en nuestra rama unos principios FUERTES que serían aquellos que Jhon Finnis denomina “valores básicos o formas básicas del bien o bienes humanos básicos”, que no vienen siendo otra cosa que los derechos fundamentales. La socialidad del ser humano y el bien común, serían esos valores básicos a partir de los cuales se construyen los principios fuertes. Naturalmente, surge el interrogante sobre la posibilidad de que un derecho de carácter técnico como el aduanero, en principio tan distante de los aspectos humanos básicos, se tenga relación con los derechos fundamentales. La respuesta es positiva, porque existen elementos que se encuentran por encima de la regulación aduanera, y que en definitiva están conectados con la dignidad humana, tales como el principio de legalidad, de proporcionalidad y debido proceso. Concluye ALAIS, que los principios fuertes del derecho aduanero que se presentan al menos como evidentes, son: i) Derecho Natural comunitario, es decir, el principio del bien común o del interés general. ii) Principio de solidaridad. El deber natural de contribuir. iii) El principio de la doctrina Universal de los bienes y iv) Principios generales de derecho, de contenido constitucional.

De otra parte, existen los principios DEBILES que vienen a ser aquellos de consagración positiva, cuya existencia jurídica reside en el consenso o autoridad que los establece. Se trata de esos principios derivados de los iusnaturales, y que se vinculan al perfeccionamiento accidental o adjetivo del derecho. La lista de ALAIS es extensa, mencionando por ejemplo al principio de veracidad, exactitud, inalterabilidad de las declaraciones.

Uno de los principios que merecer un estudio más detenido en el campo del derecho aduanero es precisamente el principio de buena fe y en esta providencia el Tribunal Administrativa de Bolívar nos invita a continuar con la construcción de una teoría para su aplicación en este campo, en donde están en relación intereses particulares e intereses estatales.

3.4 Sentencia del 19 de marzo de 2014.

Radicado 13 001 33 31 002 2011 0259.
MP JORGE ELIECER FANDILLO.

En esta providencia se resolvió lo relacionado con el decomiso de una mercancía consistente en un vehículo modelo 1977, que presentaba problemas de descripción debido a que el número del motor aparecía regrabado.

Destacamos en esta sentencia que la corporación rectificó la posición anterior que tenía en relación con las normas que se debía aplicar para estudiar la situación aduanera de una mercancía que había ingresado al país con mucha anterioridad al momento en que la DIAN tiene conocimiento de su existencia.

Dice en lo pertinente la providencia:

“ Valga la pena anotar, que si bien esta Sala de Decisión en casos similares sostuvo la tesis referente a que la normatividad aplicable en casos como el que se estudia, es la que se encuentra vigente al momento en que la autoridad aduanera tuvo conocimiento de la ocurrencia de la infracción , en esta oportunidad rectifica su criterio, señalando que las disposiciones que se deben atender son aquellas que se encuentran vigentes al momento en que se ejecuta o se lleva a cabo de manera efectiva el hecho sancionable con el decomiso”

Resulta bienvenida esta rectificación, pues la regla consonante con el respecto por el debido proceso, es aquella según la cual la situación jurídica de una mercancía debe valorarse de acuerdo con la norma vigente al momento de su introducción al país.

Quienes hacemos seguimiento a la jurisprudencia del Consejo de Estado en los temas aduaneros, con alguna frecuencia observamos que no se atiende la anterior regla y se deciden casos con base en el Estatuto Aduanero actual implementado por el Decreto 2685 de 1999, siendo que los hechos ocurrieron con anterioridad a su entrada en vigencia.

Lo anterior nos conduce reflexionar sobre la aplicación en el tiempo de las normas que integran el sistema de fuentes en el campo aduanero, dada la movilidad que caracteriza esta legislación que viene propiciada por la competencia constitucional atribuida al Gobierno Nacional para la regulación de esta materia y el ejercicio activo de la facultad reglamentaria por parte de la DIAN.

Lo anterior hace que se deba tener mucho cuidado al resolver controversias en sede jurisdiccional para identificar la norma aplicable al momento de configurarse el supuesto de hecho previsto en las normas como configurativos de infracciones administrativas o causales de decomiso.

1. Conclusión:

En nuestro criterio hay renovación en los criterios de interpretación utilizados por el Tribunal Administrativo de Bolívar para resolver las controversias aduaneras en materia del decomiso de las mercancías, en donde se nota el ejercicio de un control de legalidad más eficiente y efectivo, reivindicando el carácter de subsistema normativo especial pero no específico de la legislación aduanera, de manera que el juzgamiento de las decisiones de la autoridad aduanera se hace a la luz de los principios constitucionales y con herramientas de interpretación que superan la exegesis del pasado y permiten afirmar que se está consolidando una doctrina aduanera local propia.

¹¹⁸ Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena

APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

José Luis Otero Hernández¹¹⁹

Han transcurrido más de noventa años desde que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia profirió el célebre fallo Villaveces¹²⁰, en el que por primera vez en la jurisprudencia colombiana se extendió la obligación resarcitoria más allá de los tradicionales perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y se reconoció de manera explícita la indemnización del perjuicio moral, cuya procedencia hasta ese momento se cuestionaba por los jueces y un amplio sector de la doctrina con fundamento en la máxima que enuncia que "las lágrimas no se amonedan"¹²¹.

La sentencia data del año 1922. El señor León Villaveces había demandado al municipio de Bogotá para que se le condenara a devolverle los restos mortales de su esposa doña Emilia Santamaría, así como el ataúd y la bóveda donde reposaban, y que se le indemnizaran los perjuicios que le fueron causados con la destrucción del mausoleo que había construido para rendir culto a su memoria. Los empleados del cementerio, al parecer por descuido, habían exhumado los restos de la señora y los dispusieron en una fosa común.

El Juez Civil del Circuito y luego el Tribunal de Bogotá, absolvieron al municipio por considerar que a pesar de la afectación de los sentimientos del demandante, éste no había demostrado perjuicios patrimoniales derivados de esa lesión. Pero en sede de casación, la Corte Suprema de Justicia consideró que el daño extrapatrimonial causado a una persona por negligencia de otro debe ser indemnizado, sin que sea válido el argumento según el cual, por la dificultad para determinar el quantum de la indemnización, deba concluirse en la absolución, pues siempre se podrá fijar así sea de manera aproximada.

La Corte condenó al Municipio a pagar al demandante la suma de \$3.000 por concepto del daño moral que sufrió, diciendo:

“El artículo 2356 del Código Civil extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al

daño patrimonial, o sea en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho. Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente. En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos que el Tribunal infringió por haber restringido su alcance, e interpretado, por tanto, erróneamente.

Esta interpretación de las disposiciones acotadas del Código Civil, está de acuerdo con los principios de una sana jurisprudencia, desde luego que todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía”.

A pesar de que el razonamiento transcrito hoy nos parecería obvio, esta sentencia ubicó a la jurisprudencia colombiana en una posición de vanguardia en cuanto a la resarcibilidad del perjuicio moral, pues como lo recuerda el profesor Michel Paillet¹²², incluso en Francia la alta jurisdicción tenía todavía una posición de rechazo frente a ese rubro, por considerar que el *pretium affectionis* consecuencial a la pérdida de un ser querido no puede ser técnicamente avaluado en dinero¹²³. En efecto, fue sólo con el fallo Letisserand del 24 de noviembre de 1961¹²⁴ —cuatro décadas después que en Colombia—, cuando el Consejo de Estado Francés renunció finalmente a su jurisprudencia solitaria, y a partir de allí consideró al dolor moral como un perjuicio reparable que puede ser reclamado por ciertas personas próximas a la víctima.

En términos conceptuales, puede decirse que a pesar de algunos vaivenes en cuanto a su clasificación¹²⁵, desde su aceptación expresa en 1922 el perjuicio moral sigue siendo entendido por

la jurisprudencia colombiana, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado¹²⁶, como aquel que incide en el ámbito de la personalidad humana por afectar sentimientos y traducirse en pesadumbre, aflicción, soledad, sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece. Ello quiere decir que se trata de una afectación interna de imposible medición objetiva, que se repara con aplicación del criterio de arbitrio judicial, de tal manera que lo reconocido como indemnización al menos se aproxime a una compensación equivalente o paliativa por la afección sufrida, sin que con ella se aspire a resarcir plenamente a la víctima, ni tampoco se logre enmendar totalmente las secuelas causadas por el ilícito.

Queremos destacar la importancia teórica y filosófica de la posición de la Corte en el fallo Villaveces, al entender que el derecho de propiedad, es decir lo material y tangible, “es sólo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho”, porque esa concepción dejaría abierta desde muy temprano la posibilidad de incorporar al sistema de responsabilidad nuevas categorías de daños reparables que se traducirían a su vez en una mayor tutela a la persona, que será vista desde una perspectiva que no estará ya limitada por la óptica capitalista de los codificadores decimonónicos.

Pero luego de aquel enorme paso, las altas cortes del país asistieron a una época de aletargamiento en torno al tema de la reparación de los perjuicios inmateriales, ignorando las tendencias que comenzaban a reparar nuevos rubros. En efecto, varios ordenamientos europeos tuvieron que enfrentarse a dos de los más importantes problemas del nuevo derecho de daños, como son la clasificación del perjuicio y la reparación correspondiente a cada una de sus categorías¹²⁷, todo lo cual comenzó a estar informado por el principio de reparación integral, que impone considerar a la víctima como una compleja realidad biológica, social y espiritual, de tal forma que ya no podría definirse el perjuicio extrapatrimonial únicamente como el constituido por el sufrimiento contingente y la turbación del ánimo provocados por el hecho dañoso, sino que también comprende toda hipótesis donde se verifique una lesión injusta de los valores de la persona constitucionalmente protegidos, de la cual se deriven perjuicios no susceptibles de valoración económica.

En Francia comenzó a hablarse del 'perjuicio fisiológico', entendido como la lesión al derecho a la integridad psicofísica. En Italia hacen aparición categorías conceptuales como el daño a la vida de relación, el daño estético y el daño a la salud o daño biológico, que adquiriría una especial importancia.

En Colombia fue necesario que trascurrieran setenta y un años para que se adoptara otra categoría de daño inmaterial, distinto del moral, y esta vez el

turno para abrir un nuevo campo de desarrollo en el ámbito de la tipología del perjuicio fue para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que hasta ese momento había seguido los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia en torno a este tema.

Se trató de una sentencia proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia el 3 de julio de 1992¹²⁸, en la que se reconoció una indemnización por la suma equivalente al valor de dos mil gramos de oro por concepto de **“perjuicio fisiológico”**, y se aludió al contenido de la nueva categoría, en el caso concreto, indicando que “la parálisis de los miembros inferiores que padece el actor lo priva de placeres cotidianos de la vida, tales como los de caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares”.

Posteriormente, en sentencia del 6 de mayo de 1993¹²⁹, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoció la nueva forma de daño, denominándola **“perjuicio fisiológico o a la vida de relación”**, como categoría diferente del perjuicio moral, e indicó, siguiendo al profesor Javier Tamayo Jaramillo¹³⁰ que se refería a “la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”.

Escribió alguna vez el maestro Hinestrosa¹³¹ que el derecho continental europeo es el que “más hondamente nos ha influido y nos sigue informando”, en el sentido de que la jurisprudencia se ve precisada a confrontarse con esos derechos extranjeros, donde doctrina y jurisprudencia trabajan en fructífera simbiosis. Pero a pesar del valor que tiene para nosotros el derecho comparado, es necesario tener en cuenta y atender sus consabidos riesgos.

Nótese que con esa sentencia de 1993 se introduce una nueva categoría de daño que el Consejo de Estado llama perjuicio fisiológico o perjuicios la vida de relación, que trata como sinónimos, desconociendo el significado que tales categorías tienen en los sistemas de origen.

En una sentencia posterior¹³², que vino a complementar la que acabamos de reseñar, el Consejo de Estado señaló las siguientes características de los perjuicios fisiológicos: (1) ellos son de inspiración eminentemente jurisprudencial porque no hay una norma que los reconozca, (2) pertenecen a una categoría intermedia de daño y se conforman ya de perjuicios morales ya de perjuicios materiales, pero se diferencian puesto que están acompañados de una frustración de hacer una actividad de la cual el lesionado obtenía placer físico o espiritual, (3) se deben reparar en concreto y en consecuencia el juez debe tener en cuenta las circunstancias particulares, personales y sociales de la víctima, (4) para su cuantificación se debe considerar que los perjuicios fisiológicos pueden ser

genéricos, aquellos que se producen a todas las personas (pérdida de un órgano), o también específicos, es decir la incidencia de la lesión en las actividades que antes de la lesión daban placer a la víctima y que no puede realizar más.

En una aclaración de voto a la Sentencia proferida por el Consejo de Estado el 13 de junio de 1997¹³³, el Consejero Ricardo Hoyos Duque llama la atención sobre la confusión que entonces reinaba alrededor del concepto de perjuicio fisiológico:

“La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la “privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada” y los “problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida”. El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer”.

Sobre esta aclaración de voto, la profesora Koteich¹³⁴ comenta que aunque “pretendía hacer claridad sobre el sentido correcto de los rubros constituidos por el perjuicio fisiológico y el perjuicio de agrado, tampoco escapó del todo a las trampas de la traducción. Así por ejemplo, donde debió decir daño o problemas ‘fisiológicos’, se tradujo como daños a problemas ‘psicológicos’, lo que le restó sentido a la idea”.

A pesar de los desentendidos, parecía que se lograba el propósito de construir una figura con contornos que se iban clarificando para tomar un rumbo definido, pero vino entonces una nueva sentencia¹³⁵ que con ánimo de esclarecer la cuestión, la complicó aún más. En esta decisión, de hecho, se dice que la jurisprudencia reconoce un daño extrapatrimonial distinto del daño moral que es llamado daño fisiológico, pero agrega que tal denominación es restrictiva puesto que se refiere solamente a eventos en los cuales la víctima sufre una lesión corporal. A su vez, continúa la sentencia, el concepto de daño a la vida de relación es mucho más amplio y comprende situaciones que se relacionan no sólo con las lesiones corporales. Por esto, concluyen los jueces, **se rechaza definitivamente la utilización de la expresión daño fisiológico en favor de la expresión daño a la vida de relación**, ésta última más amplia puesto que una lesión a la esfera extrapatrimonial, distinta del daño moral, puede surgir de distintos hechos y no sólo como consecuencia de una lesión corporal (por ejemplo, una acusación calumniosa), y así en la reparación se puede comprender la merma no sólo provocada por el daño a la salud, sino también a otros derechos de la personalidad.

Como se ve, el daño fisiológico que poco a poco se iba abriendo paso, como un daño referido de manera exclusiva a los aspectos corporales (fisiológicos, biológicos) de la persona, con su característica fundamental de ser ajenos a cualquier consideración en términos de la capacidad productiva de la persona lesionada, se volvió a mezclar con aspectos que nada tienen que ver con la salud de la persona, situación que complicó la recta interpretación del problema al incluir en un solo perjuicio, dos figuras o tipos de daño que tienen funciones y objetivos diferentes¹³⁶. Debemos anotar aquí que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoció esa misma categoría (daño a la vida de relación) en términos similares en sentencia del 13 de mayo de 2008.

Pero la confusión al interior del Consejo de Estado no paró allí. En sentencias del 15 de agosto y del 18 de octubre de 2007¹³⁷, se reconoció el perjuicio denominado “alteración de las condiciones de existencia”, propuesto especialmente por la doctrina francesa, consistente en la modificación anormal y negativa del curso de la existencia que sufrieron los demandantes como consecuencia, en el primer caso, del desplazamiento forzado del que fueron víctimas, y en el segundo, de la vulneración de su derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, imputable a las entidades demandadas que los indujeron a adquirir viviendas construidas en un terreno inapropiado.

En sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, el Consejo de Estado dice abandonar definitivamente la expresión “daño a la vida de relación” y adopta el concepto de **“daño por alteración grave de las condiciones de existencia”**. Allí sostuvo el Consejo:

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política”.

Consideramos que aunque en la sentencia transcrita el Consejo de Estado haya dicho que este nuevo nomen ofrece mayor amplitud, en realidad el calificativo de “alteración grave” supone una modificación de las condiciones habituales de vida en modo superlativo, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y evidencia un trastocamiento de los roles cotidianos, lo cual viene a limitar la posibilidad de obtener indemnización por este concepto, dejándola restringida a los casos en que el perjuicio inmaterial distinto del moral sea verdaderamente extraordinario y excesivo.

Claro que esa aparente contundencia con la que la Corporación desechó la expresión “daño a la vida de relación”, no fue tal, puesto que podemos encontrar sentencias posteriores que vuelven a utilizar ese concepto¹³⁸. Incluso, dentro de toda este gran entramado de términos, la Sección Tercera ha dicho que “cuando la alteración grave de la condiciones de existencia provenga de una afectación física, podrá llamarsele daño fisiológico¹³⁹”.

Pero la jurisprudencia contencioso administrativa haría un nuevo intento por poner orden al caos, tratando de ubicar nuevamente al daño fisiológico, biológico a la salud (en su concepción francesa), en su lugar definitivo como categoría central para la indemnización de los perjuicios inmateriales derivados del daño corporal.

En sentencia del 14 de septiembre de 2011, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁴⁰ con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero señaló:

“En relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, **la Sala considera necesario recoger la denominación “alteración a las condiciones de existencia”**, para avanzar en el estudio de esta clase de daños.

En efecto, **el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud –comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico– como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica.**

En consecuencia, **se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal**, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”.

Desde esa perspectiva, el Consejo de Estado entiende que el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto, de tal manera que siempre que el daño provenga de una lesión a la integridad psicofísica del individuo, el perjuicio que debe reconocerse es el daño a la salud, fisiológico o biológico, negando toda posibilidad de que esos eventos se reconozca indemnización por daño a la vida de relación o por alteración de las condiciones de existencia.

En palabras del Consejo de Estado, **“los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño**

a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro”.

En esa misma sentencia, el Consejo de Estado quiso ejercer una función unificadora, y resumió en forma más o menos clara la clasificación del daño inmaterial, que actualmente sigue rigiendo las decisiones de esa Corporación:

“En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación”.

Creemos que esta tendencia unificadora alrededor del daño a la salud, que ha generado un interesante debate en la escasa doctrina nacional y en los ámbitos académicos en general, ha tenido la virtud de permitir una sistematización del daño inmaterial en nuestro país.

Claro que persisten algunas inquietudes en torno a su tasación, puesto que a pesar de no estar provisto de connotación pecuniaria, se manifiesta como una afectación que puede ser medida de manera más o menos objetiva, mediante una valoración de la afectación a la integridad psicofísica de la víctima.

Si el daño a la salud se materializa como una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, no parecería razonable seguir aplicando criterios de arbitrio jurisprudencia para su indemnización en los casos sometidos a decisión judicial, como se ha venido haciendo en Colombia, sino que más bien se haría necesaria la adopción de baremos o tablas médico legales que garanticen un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”.

Este será sin duda uno de los aspectos que serán objeto de desarrollo en nuestra jurisprudencia en los años venideros.

¹¹⁹ Abogado de la Universidad de Cartagena; Especialista en Seguridad Social de la Universidad de Cartagena; Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia; Especialista en Pedagogía para la Docencia Universitaria de la Fundación Universitaria del Área Andina; Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar; candidato a Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Miembro Adjunto del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Auxiliar Judicial del Tribunal Administrativo de Bolívar. Dirección de correo electrónico: joseluisotero@me.com.

¹²⁰ CSJ Civil, 21 Jul. 1922, Tancredo Nannetti. GJ: XXIX, N° 1515, p. 219; complementada por sentencia de la misma Sala del 22 de agosto de 1924.

¹²¹ A modo de ejemplo, en 1918 el autor español Gayoso Arias sostenía que “nadie que se precie de ser hombre podría o debería aceptar dinero a cambio de un dolor moral” (GAYOSO ARIAS, 'La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y positivo', en revista de Derecho Privado, 1918, pp. 234 y ss).

Para RIPERT, “sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos, haya de consolarse de golpe a merced de la indemnización que habrá de recibir”.

En Italia, M. Rosseti. Ildanno da lesione della salute, Padova, CEDAM, 2001, p.41, cita los siguientes pasajes jurisprudenciales: “El dolor no por si mismo, sino en cuanto es causa de daño patrimonial, obliga a aquel que lo ha producido a resarcir el daño” (1905); “no es resarcible el daño consistente en la pérdida de un miembro del cuerpo humano, sino se demuestra el menoscabo patrimonial” (1915); “la alteración de la estética y de la armonía de la persona debida a una lesión personal puede ser, con criterio incontestable del juez, considerado como un daño puramente moral y en consecuencia irresarcible” (1925).

Pero la no resarcibilidad del daño moral encuentra para algunos sus antecedentes ya en el mismo derecho romano. Así por ejemplo, con base en un pasaje del Digesto (D. 9,4,7), M. Bianca. Dirittocivile, 5, Milano, Giuffré, 1998, asevera que “la tradición romana había reputado irresarcible el daño a la persona, porque la persona no tiene precio”.

¹²² Paillet, Michel. La responsabilité administrative, Edit. Dalloz-Sirey, París, 1997.

¹²³ En ese sentido, encontramos la Sentencia Bondurand del Consejo de Estado Francés del 29 de octubre de 1954, Rec. CE, p. 565.

¹²⁴ (Rec. CE, p. 662; Gaza, No. 98).

¹²⁵ En algún momento de su evolución, el daño moral fue clasificado en subjetivo y objetivado (CSJ Sala de Negocios Generales, 23 Abr. 1941, A. Cardoso. GJ: LI, N° 1971-1972). Dicho criterio ha sido superada, y en la actualidad el daño moral es entendido únicamente como afectación a los sentimientos.

¹²⁶ En 1964, el Consejo de Estado adquirió competencia general en materia de responsabilidad extracontractual del Estado. Paillet, Michel. La responsabilité administrative, Edit. Dalloz-Sirey, París, 1997.

En ese sentido, encontramos la Sentencia Bondurand del Consejo de Estado Francés del 29 de octubre de 1954, Rec. CE, p. 565.

¹²⁷ KoteichKhatib, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela a la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

¹²⁸ Confirmada por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia del 1° de julio de 1993, exp. 7772.

¹²⁹ CE3, 3 Jul. 1993, J. Uribe Acosta. Exp. 7428.

¹³⁰ Javier Tamayo Jaramillo. De la Responsabilidad Civil, Tomo 11. pág. 139

¹³¹ Hinestrosa, Fernando. La responsabilidad civil, en escritos varios, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.

¹³² Sentencia 12499 del 13 de julio de 1997.

¹³³ Expediente No. 12499.

¹³⁴ KoteichKhatib, Milagros. Obcit, pág. 28.

¹³⁵ Consejo de Estado, 19 de julio de 2000 (N° 11842)

¹³⁶ Cortés, Edgar. El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de dos modelos europeos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

¹³⁷ Estas sentencias fueron proferidas por la Sección tercera en los procesos identificados, en su orden, con los números AG-0004-01 y AG-00029-01.

¹³⁸ Así por ejemplo, encontramos la Sentencia del 30 de julio de 2008.

¹³⁹ En ese sentido, puede consultarse la Sentencia del 4 de mayo de 2011. Sección Tercera. Exp. No. 17396.

¹⁴⁰ Expediente: 19.031

BIBLIOGRAFÍA

CSJ Civil, 21 Jul. 1922, Tancredo Nannetti. GJ: XXIX, N° 1515, p. 219.

GAYOSO ARIAS, 'La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y positivo', en revista de Derecho Privado, 1918, pp. 234 y ss.

M. Rosseti. Ildanno da lesione della salute, Padova, CEDAM, 2001, p.41.

M. Bianca. Dirittocivile, 5, Milano, Giuffré, 1998.

Paillet, Michel. La responsabilité administrative, Edit. Dalloz-Sirey, París, 1997.

Sentencia Bondurand del Consejo de Estado Francés del 29 de octubre de 1954, Rec. CE, p. 565.

CSJ Sala de Negocios Generales, 23 Abr. 1941, A. Cardoso. GJ: LI, N° 1971-1972.

KoteichKhatib, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela a la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia del 1° de julio de 1993, exp. 7772.

Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 3 Jul. 1993, J. Uribe Acosta. Exp. 7428.

Javier Tamayo Jaramillo. De la Responsabilidad Civil, Tomo 11. pág. 139

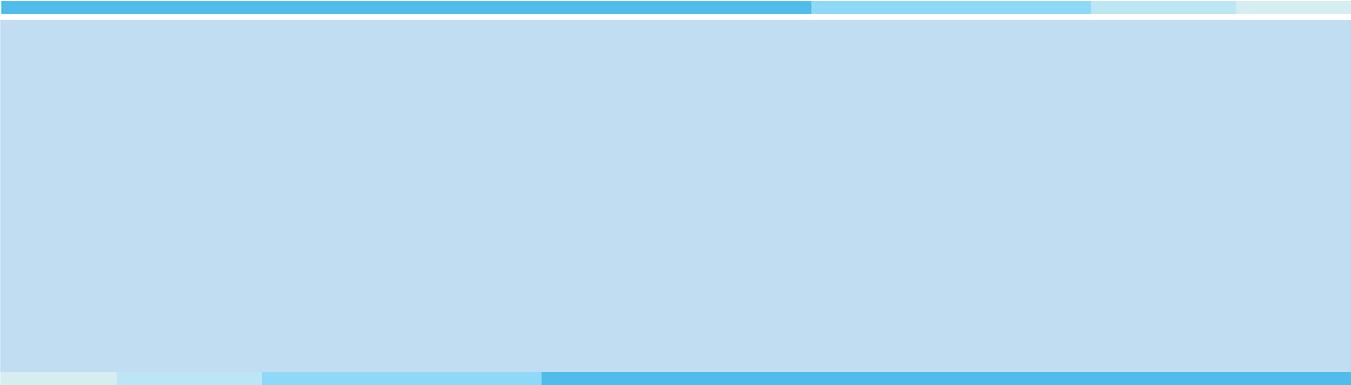
Hinestrosa, Fernando. La responsabilidad civil, en escritos varios, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.

Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 13 de julio de 1997. Expediente 12499.

Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 19 de julio de 2000. Expediente 11842.

Cortés, Edgar. El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de dos modelos europeos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 4 de mayo de 2011. Expediente 17396.



AGRADECIMIENTOS

El Tribunal Administrativo de Bolívar agradece a las personas que contribuyeron en el diseño y elaboración de este boletín.

JUAN CARLOS GARCÍA PÉREZ
(RELATOR)

MARIO ANDRÉS PELUFFO GUERRERO
(TÉCNICO EN SISTEMAS GRADO 11)

NIDIA ROSA BITTAR CASTELLON
(TÉCNICO EN SISTEMAS GRADO 11)

MARIA ELISA BUSTILLO SIERRA
(DISEÑADORA GRÁFICA)