

PANORAMA DE UN SISTEMA TIPO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA CONTEMPORÁNEO

Por Juan Carlos Esguerra Portocarrero

Aunque es evidente que la sempiterna confrontación entre la libertad y el poder está muy lejos de haber concluido —y que acaso no llegue a concluir jamás—, fuerza destacar que las ‘picas en Flandes’ que ha venido poniendo el derecho a lo largo del último cuarto de milenio en favor de la causa de la persona del común, han permitido avanzar de modo muy apreciable en pos de recomponer un equilibrio de fuerzas que fue secularmente desigual.

Efectivamente, hay que reconocer con satisfacción que, aunque siguen siendo muy numerosos, y no pocas veces muy graves, los casos en que la arbitrariedad aún logra salirse con la suya, produciendo como resultado variadas formas de sojuzgamiento de los ciudadanos por sus gobernantes, así mismo deben destacarse los enormes pasos que se han dado en el camino de hacer valer, frente a las autoridades públicas, los derechos cardinales de los que todo ser humano es titular.

Como bien se sabe, en el curso de poco menos de doscientos cincuenta años —que, según se mire, pueden parecer muchos o muy pocos— un puñado de creaciones jurídicas, casi todas de estirpe francesa, produjeron como resultado un dramático cambio en el panorama de las relaciones entre quienes ejercen el poder y quienes están subordinados a él. En su conjunto, ellas se han constituido en la utilísima honda con

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

la que en incontables oportunidades, que hoy por ventura son la regla general, el David del ciudadano de a pie ha logrado afrontar con éxito de los atropellos del Goliat del Estado.

Esas creaciones germinaron en una serie de instituciones que fueron acuñándose sucesivamente, cada una buscando apuntalar o complementar la anterior.

Hoy, no obstante que el escenario en el que cada una de tales instituciones dio sus primeros pasos ha cambiado notablemente —ya que, entre otras cosas, los desafueros que a veces acompañan el ejercicio del poder se han ido haciendo más y más refinados—, la mayor parte de ellas mantiene sus características básicas. Algunas, sin embargo, han cambiado de nombre o se han tornado más sofisticadas y complejas. Además, por obra y gracia de sus bondades, varias de ellas incluso se han universalizado y, unidas, han desembocado en la conformación de lo que propiamente constituye un ‘sistema’ de justicia administrativa.

Conforme a sus denominaciones originales¹, las instituciones en cuestión son, al menos en el caso colombiano, las siguientes:

- 1°.- el recurso de gracia
- 2°.- el recurso jerárquico
- 3°.- el silencio administrativo
- 4°.- la revocación directa
- 5°.- el recurso por exceso de poder
- 6°.- el contencioso de plena jurisdicción
- 7°.- el contencioso de indemnización de perjuicios
- 8°.- el contencioso contractual
- 9°.- la suspensión provisional.

¹ El nombre que cada una de ellas ostenta actualmente, y particularmente aquel con el que se las conoce en Colombia, se indicará más adelante, a la hora de hacer referencia particular a cada una.

A ellas deben agregarse dos fenómenos, que aunque no tienen propiamente la condición ontológica de ser instituciones, no por ello pueden soslayarse, pues que ello equivaldría a desconocer su innegable realidad y el enorme impacto que han tenido en el proceso de formación y consolidación de la justicia administrativa de la que se viene hablando. Me refiero a:

- 10°- el sistemático proceso de reducción del ámbito de la discrecionalidad de las competencias administrativas, y
- 11°- la decisión de entronizar la justicia administrativa, así estructurada, en el concierto, jerárquicamente más elevado, de las garantías constitucionales.

Así pues, sumados, once pasos adelante; once *'constructos'*² distintos y a primera vista absolutamente separados entre sí; once pasos sucesivos en la misma dirección; once piedras angulares del edificio del Estado de derecho; al mismo tiempo, once de sus más emblemáticas conquistas. Pero también —hay que decirlo—, once enormes logros que siempre parecieron imposibles la víspera de su concepción y, al día siguiente, por un momento —que algunas veces se prolongó un poco más—, hicieron creer que finalmente habían conseguido el milagro de someter a la arbitrariedad.

1° y 2° - Las dos primeras, que hoy corresponden a los llamados recursos de 'reposición' y de 'apelación' contra los actos administrativos de carácter particular conforman, conjuntamente, lo que ha dado en denominarse la 'vía gubernativa'. Es decir, los instrumentos procesales instituidos para que los ciudadanos puedan conseguir de las mismas entidades o dependencias gubernamentales que adoptaron una determinada decisión en un asunto particular que a ellos les incumbe o les interesa, la revisión de la misma a la luz de los argumentos planteados por ellos para tal efecto, a fin de resolver si, en función de tales argumentos, es o no el caso de modificar, de aclarar o de revocar la decisión en cuestión.

² En el más amplio de los significados de este término, que en español no es del todo castizo, pero que a mi juicio sirve bien para comprender (en el sentido de incluir), tanto las que he llamado con el nombre de instituciones, puesto que por lo que son y por sus características bien pueden recibir con propiedad tal denominación, como aquellas ideas o creaciones que no alcanzan estricto sensu aquel carácter, pero que, como quedó dicho, han constituido sin duda avances concretos en materia de garantías ciudadanas frente al poder

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

En sus orígenes, por allá frizando el último cuarto del siglo XIX, uno y otro recursos fueron dos concesiones de última hora del *Antiguo Régimen*, que personificado entonces en Francia por el rey Luis XVI, luchaba desesperadamente por sobrevivir a la furia creciente de los vientos huracanados de inconformidad que antecedieron el estallido de la revolución.

Si bien se las mira, en verdad no puede decirse que ese par de concesiones hubieran significado franquearle la puerta, como se venía reclamando, a la posibilidad de que los ciudadanos controvirtieran e impugnaran en franca lid los actos de *imperium* del gobierno. Pero ciertamente hay que admitir que hicieron que por vez primera se entreabriera esa puerta, al permitírsele a la persona afectada expresar su inconformidad con lo decidido, y pedir y conseguir que, primero su autor y luego su superior inmediato, volvieran sobre el asunto y eventualmente cambiaran lo ya resuelto.

Por supuesto, en el fondo lo más importante era que, por la vía de ese par de recursos, el ‘de gracia’ y el ‘jerárquico’, y a pesar de la evidente estrechez primigenia del uno y del otro, el mundo había logrado echar por tierra —al menos en algunos casos— el milenarismo postulado contenido en la célebre frase: *Roma locuta, causa finita*.

En Colombia, la primera sistematización rigurosa de esta prístina y muy limitada versión de justicia administrativa, que como bien se sabe, inicialmente se conoció en la propia Francia con el elocuente nombre de ‘justicia retenida’, para destacar el hecho de que en ella no hay intervención alguna de parte de un juez y de que quien cumple la tarea de enjuiciar el acto glosado es la propia administración que lo produce, apenas vino a tener lugar por medio del Decreto Ley 2733 de 1959, expedido por el Presidente de la República en el ejercicio extraordinario de competencias legislativas.

Hoy por hoy, es claro que esta ‘vía gubernativa’ no es ya —ni muchísimo menos— la totalidad de la justicia administrativa, sino apenas una primera etapa de la misma. Por lo demás, ella está estructurada de tal manera que, al tiempo de ser una indudable garantía para los ciudadanos, en cuanto les permite conseguir la revisión y eventualmente las con- siguientes modificación o revocación de los actos administrativos particulares, es a la vez una indiscutible forma de poder público, en cuanto

implica concederle a la administración la gabela de ser quien primero conozca y decida los reclamos que se les formulan a sus decisiones³.

3° - El ‘silencio administrativo’ es una vieja y conocida figura del derecho administrativo, instituida por una ley francesa de 1900, y erigida desde entonces en una de las más caracterizadas e importantes garantías con las que cuentan los ciudadanos en sus relaciones ordinarias con la administración.

En lo esencial se trata, como muy bien se conoce, de una ficción del ordenamiento jurídico, que resuelve hacer de cuenta que el silencio que guarda la administración frente a una petición o un recurso formulados por una persona equivale a una decisión sobre los mismos, que le sirve para evitar que esa inercia detenga su camino en pos de buscar la protección de los jueces.

Bien se sabe así mismo, que esta figura fue una respuesta forzada de la ley a los muchos casos en los que, a base de hacer de la inercia una política, y utilizando como “burladero” la prerrogativa administrativa del llamado ‘*privilège du préalable*’,⁴ la administración lograba eludir el control judicial sobre sus actos, aprovechándose de la regla que establecía que solo podían ser materia de tal control aquellos asuntos en los cuales la administración se había pronunciado previamente.

Esta garantía se instituyó en el derecho colombiano por etapas. Inicialmente, por disposición de la Ley 167 de 1941,⁵ el silencio administrativo solo se aplicó respecto de los recursos interpuestos por la vía gubernativa contra una decisión administrativa previa. Así se mantuvo, con apenas algunas modificaciones menores, hasta la expedición del Código Contencioso Administrativo de 1984, actualmente vigente, que lo extendió a las demás peticiones, al decir que “[t]ranscurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa”.⁶ En el caso de los recursos ese plazo es hoy de solo dos meses.⁷

³ *Privilège du préalable*, por su nombre original francés.

⁴ ‘Privilegio de decisión previa’, consistente en la prerrogativa que, luego de haber accedido a conceder “graciosamente” a los administrados la oportunidad de impugnar los actos administrativos, se reservó para sí la administración en el sentido de revisar ella primero sus propios actos.

⁵ Que fue el segundo estatuto contencioso administrativo que existió en Colombia.

⁶ Inciso primero del artículo 80 del Código Contencioso Administrativo.

⁷ Artículo 60 *ibídem*.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

Por lo demás, las varias leyes que en una u otra forma⁸ se han ocupado de este tema siempre han optado por establecer la regla general de que el silencio administrativo es negativo. Es decir, que la decisión tácita o presunta que la ley infiere del mutismo que guarda la administración en un determinado caso es negativa respecto de lo solicitado en la petición o en el recurso. Solo en casos excepcionales, de ordinario relativos a asuntos laborales o tributarios, las normas legales tienen consagrados silencios positivos.⁹

4º- La ‘revocación directa’ nació como un corolario del ‘*privilège du préalable*’, en cuanto inicialmente fue solo la potestad que se le reconoció a la administración de revisar y eventualmente reversar sus actos. Hoy por hoy es mucho más que eso y se caracteriza por tener las dos dobles condiciones de ser tanto una prerrogativa pública como una garantía ciudadana y, según el caso, potestativa o imperativa.

Básicamente consiste en la facultad que el orden jurídico le da a la administración, unas veces, o en el deber que le impone, otras, de dar marcha atrás a un acto administrativo de su autoría, mediante el sencillo expediente de borrarlo del mapa, extinguiéndolo así, junto con sus efectos.

Tanto cuando es potestativa como cuando es imperativa, la revocación directa puede cumplirse de oficio o a solicitud de parte. Empero, por expresa prohibición legal, ella no procede a solicitud de parte, si quien la pide ha hecho uso previamente de los recursos de la vía gubernativa.¹⁰

Por ministerio de la ley, ella es imperativa (i) cuando el acto administrativo es manifiestamente contrario a la Constitución Política o a la ley, (ii) cuando no está conforme con el interés público o social o atenta contra él, o (iii) cuando es causa de un agravio injustificado a una persona.¹¹

Si se trata de un acto particular, léase, que haya creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de ese mismo carácter, su revocación está sujeta a la condición *sine qua non* de obtenerse previa-

⁸ Aparte de las ya citadas vale la pena mencionar el Decreto Ley 2733 de 1959.

⁹ Artículo 41 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁰ Artículo 70 ibídem.

¹¹ Artículo 69 ibídem.

mente el “consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”,¹² salvo que aquél haya nacido de un caso de silencio administrativo positivo en el que además haya concurrido una cualquiera de las tres circunstancias que acaban de mencionarse, o que “fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”.¹³

Acaso las dicotomías que a veces generan esas dobles condiciones que tiene la revocación directa han sido la causa de que, en los últimos tiempos, se haya ido formando en torno de ella un cierto ambiente de recelo, que así como es hasta cierto punto explicable cuando se la mira como prerrogativa pública de grueso calibre, resulta desconcertante, en cambio, por el lado de su faceta de garantía ciudadana. Ese recelo ha llevado a la propia Corte Constitucional a decir de ella con cuestionable dureza —que en modo alguno es predicable de la figura como un todo—, que está, “en principio, proscrita de nuestro ordenamiento jurídico, en atención a los mandatos superiores de buena fe, lealtad y seguridad jurídica”, y que “dadas ciertas circunstancias, atenta contra los derechos fundamentales del administrado [...]”¹⁴

5º- La quinta de estas instituciones, el recurso por exceso de poder, que actualmente corresponde en general al contencioso de nulidad —y en el caso colombiano a la ‘acción de nulidad’ que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo—, tradicionalmente se ha considerado, con justicia, en los países de la órbita del sistema jurídico continental europeo, y por supuesto en Francia, que fue su cuna, como el estandarte mismo de su justicia administrativa. Él fue —y en buena medida sigue siendo— el núcleo de esa justicia, en cuanto, al haberse erigido en la fórmula mágica por cuyo intermedio se abrió por vez primera la puerta a la posibilidad de que se invalidara un acto administrativo, significó el rompimiento del axioma de la intangibilidad sacramental de éste, fundada de antiguo en el principio pretendidamente absoluto del *imperium* del Estado.

En un principio, también este “recurso” pareció ser, a lo menos indirectamente, otra forma de ‘justicia retenida’, si se tiene en cuenta que el Consejo de Estado, al que se le encomendó esta oportunidad de revisión

¹² Artículo 73 ibídem.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Sentencia T-57 del 31 de enero de 2005.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

adicional de los actos administrativos, si bien era un órgano ajeno a la génesis y a la expedición de estos, en todo caso formaba parte de la misma rama ejecutiva que los había expedido.

Empero, como es bien conocido, el carácter y la independencia de los que hizo gala el Consejo de Estado desde el comienzo, patentes a través de las decisiones que fue adoptando, a poco andar fueron haciendo del recurso por exceso de poder un verdadero enjuiciamiento de los actos de la administración, con vocación a su invalidación, a pesar de que inicialmente el ámbito de ese enjuiciamiento apenas si se extendía —como se deduce del nombre mismo del recurso— a lo tocante con la competencia del autor para expedir el acto.

Lo que siguió fue solo cuestión de tiempo y, en gran medida, mérito de ese Consejo de Estado, por vía jurisprudencial. Más precisamente, de la que por razón de su contenido y de su alcance sin duda fue *ab initio* verdadera jurisprudencia, en sentido material, aunque, formalmente hablando, dada la anotada adscripción orgánica del Consejo a la rama ejecutiva del poder público, el uso de la expresión pudiera no ser el más preciso.

Actualmente, en Colombia, ese ‘viejo’ recurso es ante todo una verdadera ‘acción’, en el sentido esencial que lo define como el derecho público que se tiene a reclamar frente al Estado, y específicamente frente a la rama jurisdiccional del poder público —a la que entre nosotros están orgánicamente adscritos el Consejo de Estado y los tribunales administrativos que hay en cada uno de los departamentos en los que se divide Colombia—, una determinada tutela jurídica, por el camino de la formulación de una pretensión a través de un proceso (ver, entre otros, a Morales 1973, pág. 127 y a Mora 1986, pág. 129).

Además, es una acción ‘pública’, en el sentido de que, por expreso ministerio de las normas que la consagran, ella está instituida en favor de “[t]oda persona”,¹⁵ a fin de que, por la vía de un proceso y mediante una sentencia “con fuerza de cosa juzgada *erga omnes*”¹⁶ que le pone fin, se decida una pretensión de anulación de un acto administrativo, formulada en aras de hacer prevalecer una o más normas superiores de derecho que se suponen infringidas por ese acto. En otras palabras,

¹⁵ Artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 175.

es pública porque igualmente lo es el interés en el que está instituida, tanto en función de los derechos que protege como en el de la finalidad que persigue.

Por el lado de los motivos que pueden dar lugar al ejercicio de esta ‘acción de nulidad’, el ya citado artículo 84 del Código Contencioso administrativo dispone actualmente, de manera taxativa —si bien no del todo afortunada, como se verá—, que ella procede en uno cualquiera de los siguientes casos: (i) cuando el acto administrativo en cuestión transgrede una norma superior, (ii) cuando ha sido expedido por un funcionario o por un organismo que carece de competencia para el efecto, (iii) cuando ha sido expedido en forma irregular, (iv) cuando ha sido expedido al margen de los derechos de audiencia y defensa de los interesados, (v) cuando ha sido falsamente motivado y, (vi) cuando él ha sido expedido con desviación de poder.

Casi todas estas causales, también conocidas con el nombre de ‘vicios’ de los actos administrativos, se explican por sí solas y son obvias. A ellas se fue llegando con el correr del tiempo y la experiencia. Primero, desde luego, fue la que le dio su nombre al recurso original: el llamado exceso de poder, que inicialmente no era cosa distinta de la que hoy se denomina falta de competencia. Y, aunque siguiendo la pauta francesa y la de los demás países que optaron por esa misma línea en la construcción del contencioso administrativo, durante largo tiempo y de varias maneras se amplió considerablemente el ámbito de la idea del ‘exceso de poder’, en busca de hacer caber en ella la creciente variedad de circunstancias de hecho y de derecho que paulatinamente fueron aceptándose como razones para anular los actos administrativos, finalmente hubo de reconocerse que era necesario construir nuevas causales.

Como bien puede observarse, estas distintas causales no son ni mucho menos caprichosas y, cual más, cual menos, todas constituyen alguna forma de corolario del postulado fundamental del Estado de derecho, en el sentido de que el ejercicio de cualquiera y de todas las atribuciones de poder público exige indispensablemente una previa y expresa definición legal acerca del qué, del quién, del cómo, del cuándo, del por qué y del para qué. En ese orden de ideas, cada una de las causales anotadas se refiere a un aspecto distinto de la juridicidad del acto administrativo, dentro de la idea de velar porque ella sea en todos los casos integralmente irreprochable.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

Una, como ya se dijo,¹⁷ toca con el tema de la competencia y redundante en el rechazo de las decisiones que se expiden por quien no es titular del poder¹⁸ necesario para resolver lo que en ellas se dice. Otra toca con los trámites procedimentales y los ritos que deben rodear la expedición del acto, a fin de mejor garantizar, tanto la ortodoxia formal que *per se* debe enmarcar toda acción administrativa por ser ella lo que es, como aquellos derechos de carácter personal de los posibles interesados que están vinculados a tales trámites y ritos. Otra¹⁹ tiene que ver con la exigencia relativa al previo cumplimiento de unas diligencias que se han ido estableciendo con el propósito de darles oportunidades suficientes a esos interesados, no solo de hacer valer sus razones frente a la decisión que está para tomarse, sino en todo caso de tomar parte activa en el proceso que debe conducir a ella. Una más²⁰ se refiere a los motivos del acto, y busca asegurar que ellos correspondan exactamente, en cada caso, a los supuestos de hecho y de derecho que las respectivas normas legales han señalado como fundamento de una determinada decisión administrativa. Aquí de lo que se trata, pues, es de que los actos administrativos sean siempre la consecuencia de haberse dado en la realidad una determinada situación fáctica prevista en la ley como su causa, y sean, además, el preciso reflejo de aquello que la ley ordena para cuando ocurre tal situación. La siguiente —que según se verá a continuación puede considerarse una última o una penúltima²¹— tiene relación con la plena congruencia que debe existir entre los fines que el ordenamiento jurídico pretende que se cumplan con un determinado acto administrativo y aquellos a los que de verdad apuntó quien expidió el acto.

Ahora bien, al mirar el listado de las mencionadas causales que consagra la ley, resulta evidente que allí aparece otra. Ni más ni menos que en el primer lugar. Acá, en cambio, deliberadamente la hemos puesto en el último. Pero no porque sea menos que otra cualquiera de ellas, sino porque, a la postre, se trata de una causal que indiscutiblemente las incluye a todas. En el Estado de derecho contemporáneo, en el que prácticamente todo está reglado, y en particular —por definición— las competencias que les incumben a las autoridades públicas, todo caso de falta de competencia, o de expedición irregular, o de violación del

¹⁷ Concretamente la segunda.

¹⁸ En estricto sentido jurídico.

¹⁹ La tercera.

²⁰ La quinta.

²¹ Y que figura en sexto lugar.

derecho de audiencia y defensa de los interesados, o de error de hecho o de derecho en su motivación, o de desviación de poder que afecten un acto administrativo, forzosamente comportan la transgresión de una norma superior. Y, a la inversa, difícilmente puede pensarse en la hipótesis de un acto administrativo que sea violatorio de una disposición jurídica de mayor jerarquía, y que no lo sea precisamente en razón de uno de los otros anotados motivos que igualmente pueden dar lugar a su invalidación.

6° - Al lado de la acción de nulidad, y derivada también del viejo recurso por exceso de poder, el ordenamiento jurídico colombiano, como varios de sus hermanos de América Latina, ha instituido otra acción contencioso administrativa, que a lo largo de los años ha tenido varios nombres²² y que actualmente se conoce con el de ‘acción de nulidad y restablecimiento del derecho’.²³

Se trata también de una verdadera acción, como en el caso de aquella, pero, en cambio, de una acción que es privada y no pública, ya que la legitimación en la causa para interponerla está expresamente circunscrita a quien considere que un acto administrativo lesionó un derecho del que él es titular.

Su finalidad es doble y consiste en conseguir, por una parte, que se declare la nulidad del acto administrativo en cuestión y, por la otra, que se ordene el consiguiente restablecimiento del derecho que ese acto hubiera vulnerado, bien en la forma de una disposición que ordene que algo se haga o se deshaga, bien en la de una condena a indemnizar perjuicios, o bien en ambas, si es el caso.

Como bien se sabe, estas dos han venido siendo, desde los albores de esta modalidad de acción, las dos pretensiones típicas de toda ‘acción de plena jurisdicción’.

La colombiana de nulidad y restablecimiento del derecho ha ido, sin embargo, un paso más allá, ya que en la que constituye una característica un tanto heterodoxa a la luz del principio de la separación de poderes, incluye la posibilidad de que, como forma de restablecimiento

²² Principalmente el de ‘acción de plena jurisdicción’.

²³ Ella está consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

del derecho, la sentencia judicial “[estatuya] disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y [reforme o modifique] estas”.²⁴ Dicho en otras palabras, de lo que aquí se trata es, sencillamente, de que en el marco de la idea de restablecer un derecho vulnerado por un acto, y con esa sola finalidad —como sabiamente lo precisaba la norma original del código de 1984²⁵—, el juez contencioso administrativo puede fungir de autoridad administrativa.

7º- La tercera modalidad de acción contencioso administrativa, hoy denominada en Colombia ‘acción de reparación directa’,²⁶ no es cosa distinta de una acción de indemnización de perjuicios. Por su intermedio, la persona que haya sufrido un daño que sea consecuencia de “un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”,²⁷ puede demandar su satisfacción.

En este caso no hay de por medio un acto administrativo, sino unas circunstancias puramente fácticas, bien por acción, ora por omisión, que en todo caso han sido obra del Estado.

En este contexto, es claro que la acción que aquí nos ocupa es el camino procesal idóneo para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado, que el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagró explícitamente²⁸ diciendo que él “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.²⁹

Los tribunales contencioso administrativos, y en particular el Consejo de Estado, que durante los primeros años que siguieron a la expedición de la Constitución de 1991 desplegaron las velas de este sistema de responsabilidad pública fundado principalmente en el concepto obje-

²⁴ Artículo 170 del Código Contencioso Administrativo.

²⁵ Que luego fue modificada a su versión actual, que no la contiene, por virtud del Decreto Extraordinario 2304 de 1989.

²⁶ Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Tradicionalmente su construcción había sido, como en casi todos los países de la órbita del sistema continental europeo, obra de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

²⁹ En relación con el sentido y el alcance de este régimen de responsabilidad véase, entre otros, (Esguerra, 2004, capítulo X).

tivo del ‘daño antijurídico’,³⁰ luego las recogieron, para regresar casi por completo a la línea tradicional trazada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado.

Actualmente, si bien esos tribunales reconocen el daño antijurídico como presupuesto básico de dicha responsabilidad patrimonial —al fin y al cabo es lo que dice la Constitución—, concentran especialmente su atención en aquel otro que se refiere a la imputabilidad de ese daño a una entidad o a un funcionario públicos, para subrayar que tiene que serlo a título de ‘falla del servicio’. Con ello, quiérase o no, se termina desplazando el centro de gravedad de la responsabilidad administrativa de la antijuridicidad del daño a la de la conducta. Y tal cosa, aun cuando plenamente comprensible, en la práctica significa un paso atrás. Es el mismo debate que se ha venido dando en otras latitudes.³¹

8º- El mapa de las acciones contencioso administrativas lo completa hoy la relativa a los contratos del Estado, que en Colombia se denomina actualmente ‘acción de controversias contractuales’. Es aquella que sirve para debatir judicialmente los varios aspectos controversiales que envuelven los negocios jurídicos de los que son parte las entidades públicas.

Precisamente por tratarse de lo que se trata, es decir, de controversias que giran en torno a una relación contractual o que surgen con ocasión de su celebración o de su ejecución, la existencia misma de esta acción dentro del concierto de las acciones contencioso administrativas fue larga y duramente discutida. En primer lugar, porque durante mucho tiempo se consideró que el ámbito de estas acciones estaba circunscrito exclusivamente a las que nacían de una relación de poder, que era donde radicaba su diferencia específica. Pero principalmente, porque ese territorio era —y siempre había sido— territorio de los jueces civiles y del procedimiento civil. Ello, sumado al hecho de que durante largo tiempo todo el tema de los contratos del Estado fue, por razón de la materia, un tema de ‘derecho común’, determinó que fuera usual considerarlo ajeno al derecho administrativo. Por esa razón, en Colombia

³⁰ Cuyo planteamiento liminar fue obra de García de Enterría, quien lo entronizó en la ley española de expropiaciones forzosas de 1954.

³¹ En España, por ejemplo, de vieja data ha enfrentado a dos de los grandes maestros del derecho administrativo, como lo son los profesores García de Enterría y Garrido Falla. En el resto del mundo el debate ha sido menos específico y suele enmarcarse dentro del muy antiguo entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

ninguno de los dos códigos contencioso administrativos que rigieron durante casi todo el siglo XX³² consagró una acción de tipo contractual, lo cual determinó que fuera siendo la jurisprudencia, primero de la Corte Suprema de Justicia y luego del Consejo de Estado, la que las perfilara. Fue apenas en el código de 1984³³ que finalmente vino a entronizarse una tal acción, como acción autónoma.

Su finalidad, tal como ella fue precisada por la reforma que al código le introdujo la Ley 446 de 1998, consiste en el debate y la determinación en punto a la existencia o a la nulidad de un determinado contrato estatal³⁴ junto con las declaraciones, condenas y restituciones que sean del caso, a que se ordene su revisión, a que se declare su incumplimiento y se condene al responsable a indemnizar los perjuicios del caso, y, en fin, a cualesquiera otras declaraciones y condenas que tengan directa relación con contratos del Estado.

En principio, solamente las partes del contrato están legitimadas para serlo también de su controversia judicial. Empero, por ministerio de la misma ley, si de lo que se trata es de demandar la declaración de nulidad absoluta³⁵ de la convención, esa legitimación se extiende al Ministerio Público y a “cualquier tercero que acredite un interés directo”.³⁶ Esta misma declaración puede igualmente ser hecha por el juez contencioso administrativo de manera oficiosa. En todo caso, si lo que se debate es esa eventual nulidad absoluta del contrato, su declaración solo es posible si en el respectivo proceso intervienen las partes del contrato o sus causahabientes.

En este punto particular es importante anotar que algunas de las innovaciones características del neoconstitucionalismo, que a Colombia llegaron con la Carta Política de 1991, han producido como resultado que se haya abierto notablemente la puerta a la posibilidad de obrar como demandante en los procesos relativos a contratos estatales.

³² La Ley 130 de 1913 y la Ley 167 de 1941.

³³ Contenido en el Decreto Ley 1 de ese año, aún vigente con algunas modificaciones.

³⁴ El significado de la expresión ‘contrato estatal’ está definido en la Ley 80 de 1993, que constituye el estatuto general de los contratos de la administración pública.

³⁵ Nótese que, como evidente efecto de la estirpe iusprivatista de la acción contractual, y por contraste con las otras acciones contencioso administrativas en las que se debate la eventual nulidad de un acto jurídico del Estado, en las que esa nulidad no admite grados, en aquella sí cabe hablar de nulidad absoluta y nulidad relativa.

³⁶ Inciso tercero del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, por el camino de las acciones populares, instituidas para la efectividad y la protección de los derechos e intereses colectivos,³⁷ y teniendo en cuenta que dentro de estos se incluyeron expresamente los “relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en [la ley]”,³⁸ todo contrato estatal puede resultar comprometido en un proceso judicial de esta naturaleza, en el que cualquier persona puede ser demandante.

Ello, bien se sabe, ha sido consecuencia del conjunto de la construcción ideológica que se ha tejido en el mundo alrededor la idea de la democracia participativa, y de la consiguiente apertura de un amplio abanico de posibilidades más o menos formales de que los ciudadanos de a pie, de ordinario marginados de los asuntos públicos, tomen parte en su discusión o controviertan su rumbo, sus procedimientos o sus resultados.

Esto, como es de suponer, ha conllevado toda una revolución en una materia, como la de los procesos judiciales de índole contractual, que por razón de su anotada estirpe “privatista”, siempre estuvo limitada a los debates individuales *inter partes*.

9°- La ‘suspensión provisional’ de los actos administrativos, a diferencia de los instrumentos precedentes, que tienen el carácter de ser instrumentos principales de justicia administrativa, es accesoria. Y lo es, porque se inscribe en el marco de otro. De un proceso judicial contencioso administrativo de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se controvierte la conformidad o la disconformidad de un determinado acto administrativo con las normas superiores a las que debe estar sujeto.

Consiste en la oportunidad que se le ofrece a quien demanda esa nulidad, o esa nulidad con restablecimiento del derecho, de pedirle al juez contencioso administrativo, al comienzo del proceso,³⁹ que mientras dura el proceso disponga la congelación de los efectos del acto administrativo impugnado, de modo que, en el ínterin, ellos cesen de producirse.

³⁷ Que la Constitución elevó a jerarquía constitucional.

³⁸ Artículo 88 de la Constitución.

³⁹ Bien en la propia demanda o en escrito separado que debe presentarse antes de que ella se admita (artículo 152 del Código Contencioso Administrativo).

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

Se trata, pues, de un antídoto para contrarrestar los efectos potencialmente negativos que se siguen de aquella ventaja característica⁴⁰ de los actos administrativos que consiste en que ellos deben presumirse legales y, por ende, producir todos sus efectos, en tanto no sean revocados por la administración o anulados por un juez contencioso administrativo. Procesalmente hablando, se trata de una ‘medida cautelar’.

Para que la suspensión provisional sea viable, el derecho colombiano exige como requisito que el acto administrativo cuestionado incurra en una “manifiesta infracción” de una norma superior, y que tal infracción sea apreciable “por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”.⁴¹ Si la acción judicial es una de nulidad y restablecimiento del derecho, además de este requisito es necesario que se demuestre que la ejecución de ese acto cuestionado le causa o le podría causar un perjuicio al actor.⁴² Por contraste, en general en los otros países en los que existe esta figura,⁴³ para que ella proceda basta simplemente con que se demuestre que el acto impugnado es causa de un perjuicio para quien demanda. Es más razonable; y evita el riesgo de que el juicio de valor —así sea meramente superficial— sobre la juridicidad del acto, que en todo caso es necesario para poder establecer si en efecto se da o no esa manifiesta infracción de una norma superior, conlleve un cierto riesgo de que se termine prejuzgando.

Las comprensibles prevenciones que esto ha generado han conducido a que en la práctica sean muy pocos los casos en los que prospera la solicitud de suspensión provisional y a que los jueces contencioso administrativos la manejen con un criterio muy conservador, todo lo cual ha terminado por restarle mucho a su importancia. Por lo menos a la importancia que debería tener.

10°- Sin lugar a duda, uno de los más resonantes éxitos alcanzados hasta hoy por la justicia administrativa ha sido el de haber logrado estrechar más y más cada día el cerco que en su momento comenzaron a tender las revoluciones liberales sobre la discrecionalidad como principio rector del ejercicio del gobierno. Bien se sabe que la historia de ese cerco, y sobre todo esa de la sistemática reducción de su espacio, es en buena medida

⁴⁰ La llamada presunción de legalidad.

⁴¹ Numeral 2° del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

⁴² Numeral 3° ibídem.

⁴³ Por ejemplo Francia, España y Venezuela.

la historia del Estado de derecho. Y bien se sabe también, que una de las razones principales de que la arbitrariedad hubiera llegado a florecer como floreció, fue la de que tradicionalmente encontró en la discrecionalidad uno de los más propicios terrenos posibles.

Por supuesto, esa ‘reducción del espacio de la discrecionalidad’ está implícitamente presente en cada uno de los instrumentos de justicia administrativa a los que hemos hecho mención, en la medida en que el nacimiento de cada uno marcó un paso adelante en la consolidación del imperio de las competencias objetivamente regladas y sujetas al control judicial, y por ende un paso atrás en el de las signadas por la desigualdad, por la subjetividad y por los caprichos.

Empero, así mismo ha ocurrido que, además de esa sucesiva serie de recortes implícitos a la discrecionalidad, los ha habido explícitos, dispuestos por normas que por lo tanto son también parte integrante de la ‘justicia administrativa’.

En un principio se consideró que cuando las leyes que instituyeron la jurisdicción contencioso administrativa disponían que su propósito fundamental era el juzgamiento de los actos administrativos con miras a su anulación, él no incluía el de los llamados ‘actos políticos o de gobierno’, ya que estos correspondían al ejercicio de una competencia discrecional y por lo tanto no eran susceptibles de judicialización.⁴⁴

El código contencioso administrativo de 1984 dio un paso adelante al precisar, en el artículo en el que definió el objeto de esta jurisdicción, que esta “podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno, pero sólo por vicios de forma”.⁴⁵

Posteriormente, la Ley 446 de 1998, que lo reformó, resolvió dar uno más grande aún, y pasó a decir, simplemente, que “[e]sta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

Pero la verdad es que, ya antes, la expresión “pero sólo por vicios de forma” había sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de

⁴⁴ Así ocurrió mientras estuvieron vigentes las leyes 130 de 1913 y 167 de 1941.

⁴⁵ Inciso segundo del artículo 82.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

Justicia, que consideró que esos actos políticos o de gobierno no sólo eran juzgables por vicios de forma, sino también por razones materiales relativas “al examen de la validez en su expedición y contenido en relación con los móviles y finalidades invocados”.⁴⁶

Hoy, el panorama es otro. Las garantías fundamentales tienen rango constitucional.

11°- La más reciente conquista lograda por el Estado social de derecho en relación con el tema que nos ocupa ha sido la ‘constitucionalización de la justicia administrativa’. Es decir, su elevación a la condición de garantía constitucional.

No es ni mucho menos un asunto aislado, ya que basta con una mirada a las Cartas Políticas expedidas en el curso del último medio siglo, para comprobar cómo una de las preocupaciones que ha venido mostrando el moderno constitucionalismo, y que se refleja claramente en esos textos es la de incluir dentro de los derechos y las garantías que se estima necesario elevar del nivel legal al de precepto constitucional es precisamente el de la justicia administrativa.

Así, por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución española, aun cuando su referencia es genérica respecto de una tutela efectiva de los jueces y tribunales, y no específicamente referida a la justicia administrativa.

Y así también, mucho más concretamente, la Constitución alemana, que dice expresa y lapidariamente que “[s]i alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales [...]”.⁴⁷

La Constitución colombiana, a más de las disposiciones a las que se ha hecho referencia en este escrito sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y la suspensión provisional, incluyó una mucho más amplia, del siguiente tenor: “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos

⁴⁶ Sentencia del 15 de noviembre de 1984 (radicación No. 1227) (Téngase en cuenta que entre 1910 y la expedición de la Constitución de 1991, que creó la Corte Constitucional, el control de constitucionalidad por la vía de una acción ciudadana contra las leyes que se consideraran contrarias a la Carta, lo ejerció la Corte Suprema de Justicia).

⁴⁷ Artículo 19.

necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.⁴⁸

Es una lástima que, a la hora de certificar los textos del articulado que se aprobó en los debates de la asamblea constituyente de 1991, el secretario encargado de hacerlo hubiera pasado por alto una pequeña pero clarificadora porción del texto que realmente se aprobó, que fue el siguiente: Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá las demás acciones, recursos y procedimientos necesarios para garantizar que los particulares propugnen por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”⁴⁹ (el subrayado es del suscrito).

No cabe duda, al cabo del sucinto examen de conjunto que acaba de hacerse de sus componentes, de que el panorama actual de la justicia administrativa en el que cabe considerar un ejemplo tipo de Estado de derecho contemporáneo, resulta, a la vez, impresionante y enorgullecido. A pesar de ello, como se dijo al principio, no es hora de bajar la guardia.

BIBLIOGRAFIA

- Brewer-Carías, A.R. (2003) *“Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina”*, Bogotá, Legis
- Chapus, R. (2000) *“Droit du Contentieux Administratif”* Paris, Montchrestien
- Esguerra Portocarrero, J.C. (2004) *“La Protección Constitucional del Ciudadano”* Bogotá, Legis.
- García de Enterría, E. (1989) *“Hacia una nueva Justicia administrativa”*, Madrid, Civitas
- González Pérez, J. (1985) *“Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano”* Bogotá, Temis

⁴⁸ Artículo 89.

⁴⁹ Véase el Número 142 de la Gaceta Constitucional (que fue el órgano de difusión oficial de la asamblea), página 18.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

- González Pérez, J. (1990) *“Manual de Derecho Procesal Administrativo”* Madrid, Civitas
- Gordillo, A. (2000) *“Tratado de Derecho Administrativo”* Tomo 2. La defensa del Usuario y del Administrado. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo
- Mora Osejo, H. (1988) *“Acciones Contencioso Administrativas”* Comentarios Al Código Contencioso Administrativo, págs. 127 a 144
- Morales Molina, H. (1973) *“Derecho Procesal Civil”* Bogotá, ABC
- Rodríguez, G.H. (1986) *“Procesos Contencioso Administrativos”*. Bogotá, Jurídicas Wilches.
- Vedel, G. y Delvolvé, P. (1991) *“Le système français de protection des administrés contre l’administration”* Paris, Sirey.