

DERECHO ADMINISTRATIVO

Concepto de derecho administrativo y administración pública

Derecho Administrativo se entiende, aquella disciplina del derecho destinada al estudio del régimen jurídico aplicable a la estructura, actos, obligaciones, procedimientos y responsabilidades de las entidades estatales. De esta forma es pertinente afirmar que el Derecho Administrativo tal y como es concebido cuenta con independencia propia, con especialidad de conceptos, normas, teorías y jurisdicción, su autonomía deviene del derecho francés en el cual ésta es concebida como una característica preponderante del derecho administrativo, concibiendo que cuando el estado es parte en una relación jurídica no es viable aplicar normas de derecho privado si no que por el contrario debe existir un derecho especial que regule este tipo de circunstancias.

A pesar de lo anterior, en Colombia actualmente existe una tendencia a privatizar instituciones del sector público, con el propósito de mejorar su gestión; lo que implica la adopción de normas de derecho civil y comercial para regir algunas actividades públicas y ciertas relaciones entre el Estado y sus administrados. La privatización no debería ser la opción para que el estado logre la eficacia en la prestación de los servicios públicos, sino por el contrario, lo que se requiere es darle transparente aplicación a las normas constitucionales y legales que rigen la actividad administrativa, con el objetivo de poner en marcha la administración pública, lo que a la postre garantizará al conciudadano la prestación de unos servicios públicos de excelente calidad y a menor precio.

En todo caso, es el legislador y posteriormente los jueces administrativos quienes determinan la inclusión y aplicación respectivamente de las normas civiles en procedimientos administrativos, situación que garantiza la imparcialidad de las autoridades administrativas en la aplicación de normas civiles.

Finalmente, y teniendo en consideración lo señalado por los mencionados autores, la “administración pública” se refiere a la facultad que tienen los órganos estatales primordialmente la rama ejecutiva, de llevar a cabo las políticas y planes requeridos para el desarrollo de los cometidos estatales, de acuerdo a los mandamientos y principios constitucionales y legales establecidos para el efecto. Lo anterior, teniendo siempre en consideración los intereses de la comunidad.

Vale la pena aclarar, que si bien la gestión pública es ejercida principalmente por la rama ejecutiva, esto no es óbice para que las demás ramas del poder público (legislativa y judicial) puedan desplegar funciones de índole administrativa, de acuerdo a sus funciones inherentes y al principio de colaboración armónica que debe existir entre éstas ramas del poder público.

Fuentes del derecho administrativo

Constituyen fuentes del derecho administrativo, aquellos elementos o componentes de los cuales se deriva y se nutre el mismo.

Son fuentes del derecho administrativo las siguientes:

- La Constitución
- La ley
- Los Decretos del Presidente de la Republica
- La Jurisprudencia
- La doctrina

La Constitución: La Constitución, como norma de normas, dentro de un estado social de derecho es la encargada de establecer los lineamientos y principios esenciales que deben regir toda la actuación de la administración y de sus funcionarios. Por lo cual, enmarca la estructura general de la administración pública y las normas rectoras a las cuales debe sujetarse todo servidor público en ejercicio de sus funciones. Para el efecto, es pertinente citar el siguiente artículo constitucional:

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Constitución Política de Colombia, Artículo 209)

La Ley: Como bien lo indica la Constitución Política de Colombia, los principios rectores del derecho administrativo serán desarrollados por la ley, concebida ésta, como aquella que emite el congreso en ejercicio de su poder constituyente derivado, luego de haber surtido el trámite y los cuatro debates correspondientes para convertirse en ley de la república. Dichos principios establecen la responsabilidad legal de los servidores públicos y que por mandato constitucional serán desarrollados en la ley, así se depende de los siguientes preceptos constituciones: “Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”(Constitución Política de Colombia, Artículo 6)

“Artículo 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.”(Constitución Política de Colombia, Artículo 124)

De acuerdo a lo anterior, apreciamos como el servidor público en su calidad de tal, está sometido en todo tiempo y lugar al imperio de la ley, es decir, éste podrá hacer únicamente lo que la misma le dispone; mientras que por su parte los particulares, pueden hacer todo aquello que no se les está prohibido por mandato legal.

De esta forma, dentro de las leyes más relevantes en materia de derecho administrativo encontramos las siguientes:

- Ley 4 de 1913 Código de Régimen Político y Municipal
- Decreto Ley 1222 de 1986, (reformado por la ley 617 de 2000)
- Ley 5 de 1992 Reglamento del Congreso
- Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación (modificada por la ley 1150 del 2007)
- Ley 142 de 1994 de Servicios Públicos Domiciliarios
- Ley 200 de 1995 (modificada por la ley 134 de 2002 Código Único Disciplinario)
- Ley 489 de 1998 Teoría sobre la Organización Administrativa General
- Código Contencioso Administrativo (reformado por la ley 1437 de 2011, el cual regirá a partir del mes de julio de 2012) (Rodríguez, 2005, p.36)

Los Decretos del Presidente de la Republica: Son fuente formal del derecho administrativo en razón a la autoridad que los emite y a su fuerza vinculante; el presidente de la república está investido de facultades extraordinarias como "suprema autoridad administrativa" (Constitución Política de Colombia, Artículo 115), en desarrollo de dichas facultades y en las indicadas en el artículo 189 de la misma carta, podrá emitir “decretos, resoluciones y órdenes necesarios para llevar a cabo la ejecución de las leyes.” (Constitución Política de Colombia, Artículo 189 numeral 11) En este sentido, los Decretos del Presidente de la Republica enriquecen el marco jurídico aplicable a la Administración Pública.

La Doctrina: La doctrina ha jugado un papel determinante en la producción de conceptos básicos del derecho administrativo; ésta fuente del derecho hace alusión a los aportes que forjan los diferentes autores y pensadores que se han dedicado a desarrollar a fondo los temas concernientes a esta área del derecho. (Vidal, 2008) Su importancia como fuente radica en la constante búsqueda,

innovación y reforma de conceptos que se van quedando atrás con los nuevos desafíos y necesidades que requiere la administración y la sociedad.

La Jurisprudencia: A pesar que en Colombia no se puede hablar del carácter vinculante del precedente judicial, si constituyen fuente formal del derecho administrativo todos aquellos fallos emitidos por los jueces y tribunales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; máxime cuando las normas hayan guardado silencio frente a un determinado tema. Siendo los jueces los intérpretes por excelencia de la ley, se convierten en actores fundamentales dentro del proceso de dinamización y actualización de las normas jurídicas, pues hacen que éstas tengan mayor aplicabilidad dentro de las situaciones que con el tiempo se generen.

Administración Pública y Administración Privada

La administración Pública y la Privada, a pesar de hacer parte de una misma disciplina, tienen regímenes normativos y objetivos diferentes. Por lo anterior, es preponderante dilucidar los puntos en las que éstas convergen y en los cuales se diferencian:

Similitudes:

Ambas clases de administraciones cuentan con mecanismos de conducción estratégica y de gestión, las cuales conciben elementos de planeación y de recurso humano, manejando estándares de eficiencia y eficacia que las llevan a optimizar su funcionamiento para lograr el fin para el cual fueron creadas. Es en este punto, donde cobran importancia aspectos como la misión, visión y planes de mejoramiento continuo, los cuales permiten estructurar y establecer la razón de ser de cada institución, su proyección a futuro, así como los mecanismos de autoevaluación de los procesos y procedimientos que se ejecutan al interior de cada organización.

Diferencias:

-La primera y gran diferencia entre Administración Pública y Administración Privada, es el objetivo que cada una de ellas pretende. La administración pública busca fines altruistas de bienestar general para la comunidad, para así obtener el logro de los cometidos estatales, por su parte, la administración privada propende por la satisfacción de necesidades particulares, que se traducen generalmente en un provecho económico. No obstante, existen empresas privadas que prestan servicios públicos y a su vez entidades públicas que obtienen beneficios monetarios como resultado del servicio prestado.

-La forma en la que se concibe al destinatario del bien o servicio ofrecido dentro de la administración privada es como un cliente o consumidor, por el contrario, dentro del sector público se percibe al destinatario como un ciudadano-usuario.

-Otra gran diferencia que podemos encontrar frente a estas dos clasificaciones, es el origen y destinación de los recursos económicos; si bien para el sector público los recursos en su gran mayoría se obtienen a través del recaudo de tributos, de ahí el especial cuidado que se le debe brindar a la planeación y posterior destinación de los mismos; en la administración privada dichos recursos provienen de capital particular y por lo tanto, su uso no cuenta con ninguna reserva en lo atinente a su inversión.

-Por otro lado, en lo que a la autonomía de la voluntad se refiere, encontramos que en la administración pública aquella se ve limitada debido a las cargas impuestas por el Estado al ciudadano, frente a las cuales, éste no puede dar su asentimiento, situándolo en una posición de desigualdad ante la administración. La imposición de decisiones unilaterales del Estado al ciudadano, tiene su razón de ser en la primacía del interés general sobre el interés particular, el cual éste debe hacer valer. Por el contrario, en la administración de índole privada, prima por regla general la igualdad entre las partes a la hora de celebrar negocios jurídicos que implican la asunción de derechos y obligaciones recíprocas.

Por último, cabe mencionar que existe una creencia generalizada sobre la deficiencia de la gestión en la administración pública en contraste con la eficacia que generalmente caracteriza la administración en la empresa privada; lo anterior, obedece probablemente a la cantidad de restricciones formales y legales que tienen las entidades estatales al interior de su funcionamiento, es por esto que se ha optado por dos tendencias: una encaminada a tomar buenas prácticas del sector privado en cuanto a planes y estructura de ejecución de proyectos, ejemplo de esto es la inclusión de oficinas de control interno, de calidad y mejoramiento continuo, y dos la delegación de la prestación de los servicios públicos a particulares, garantizando siempre el acceso, la permanencia y la continuidad del servicio público, por lo cual se establece una vigilancia y control ejercida a través de las agencias de regulación del Estado.

Estructura de la administración

La administración pública y su estructura dentro del Estado colombiano, ha estado sometida a constantes cambios legales, los cuales se evidencian en la normatividad descrita a continuación: Ley 19 de 1958 la cual contemplaba la reorganización de la administración de la administración pública, posteriormente se expide la Ley 1° de 1963, Ley 65 de 1967, Ley 2 de 1973, Ley 28 de 1974, Ley 344 de 1996; Ley 489 de 1998 y la Ley 790 de 2002. (Ibáñez, 2006)

La Ley 489 de 1998 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, contempla dentro de su capítulo X la estructura y organización de la administración pública. La cual está compuesta por un sector central y dos descentralizados así:

1. Sector Central:

- a. La Presidencia de la Republica: Esta en cabeza del presidente de la república como jefe de estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa (Constitución Política de Colombia, Artículo 115). Se considera el órgano más destacado dentro de la estructura administrativa. “(...) la presidencia de la republica estará integrada por el conjunto de servicios auxiliares del presidente de la república y su régimen será el de un Departamento Administrativo”. (Ley 489 de 1998, Artículo 56)
- b. La Vicepresidencia de la Republica: Tendrá a su cargo las obligaciones y funciones que le designe el presidente de la republica de acuerdo a la Constitución Política; vale la pena resaltar que la Constitución no establece ninguna función específica al vicepresidente de la república. Su función principal es la de sustituir al presidente cuando este se ausente de forma temporal o permanente.
- c. Los Consejos Superiores de la Administración: En palabras de Ibáñez (2006) se definen como “organismos gubernamentales de carácter asesor, consultivo o coordinador de toda la administración o parte de ella, son supra ministeriales y por ello resultan ubicados en la cúpula de la Rama Ejecutiva del Poder Público, después de la Presidencia de la República.” (P. 229)

Frente a estos organismos colegiados con el carácter de Consejos Superiores de la Administración, siempre surge una duda razonable en cuanto a la naturaleza de los mismos y la calidad de las decisiones que éstos emiten. Es normal que existan tales interrogantes debido a que los dictámenes, actos y decisiones del organismo colegiado se pueden llegar a confundir con las de cada miembro de dicho conjunto.

d. Los Ministerios y Departamentos Administrativos:

El número, denominación y orden de procedencia de los ministerios y departamentos administrativos serán determinados por la ley. Compete al presidente de la republica distribuir entre ellos los negocios según su naturaleza.

Son órganos que gozan de autonomía administrativa, personería jurídica y autonomía financiera. (Ley 489 de 1998, Artículo 57)

Sus principales funciones consisten en preparar los proyectos de ley relacionados con su ramo, así como los proyectos de decreto y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponde al presidente de la república como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes relacionadas con dichas atribuciones. (Ley 489 de 1998, Artículo 59)

- e. Superintendencias sin personería jurídica: De acuerdo al artículo 66 de la ley 489 de 1998 cumplen funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas por la ley o delegadas por el presidente de la república.
- f. Unidades administrativas Especiales sin Personería Jurídica: Según lo planteado en el artículo 67 de la ley 489, cuentan con autonomía patrimonial y financiera, se encargan básicamente de elaborar directrices en su área, típicos de un ministerio o departamento administrativo.

2. Sector Descentralizado por servicios:

- a. Establecimientos Públicos: “(...) son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del derecho público”. (Ley 489 de 1998, Artículo 70) Entre sus cualidades están las de; contar con patrimonio independiente, autonomía financiera y administrativa y personería jurídica además de ser organismos adscritos. Algunos ejemplos de establecimientos públicos son el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC adscrito al Ministerio de Interior y Justicia, la Escuela Superior de Administración Pública ESAP adscrita al Departamento Administrativo de la Función Pública, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adscrito al Ministerio de la Protección Social y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA adscrito al Ministerio de Protección Social. (Rodríguez, 2005, p. 92)
- b. Empresas Industriales y Comerciales del Estado: “(...) son organismos creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de su naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado” (Ley 489 de 1998, Artículo 85) además de contar con autonomía administrativa y financiera, capital independiente y personería jurídica.
- c. Superintendencias con Personería Jurídica: Tienen autonomía administrativa y patrimonial y sus funciones son las mismas mencionadas para las Superintendencias sin personería Jurídica.
- d. Unidades Administrativas Especiales con Personería Jurídica: Cabe aclarar que la Ley 489 en su artículo 82 las ubica en igual rango de las Superintendencias con personería jurídica, también cuentan con autonomía administrativa y patrimonial. Encargados de formular y ejecutar programas especiales, propios de un Ministerio o de un Departamento Administrativo (Ibáñez, 2006, p. 253)
- e. Empresas Sociales del Estado: Estas son “(...) creadas por la Nación o por las Entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993” (Ley 489 de 1998, Artículo 83), por lo anterior, cuentan con autonomía administrativa, patrimonial y personería jurídica, calidades que les permiten desarrollar el objeto para las cuales fueron creadas.

- f. Las Empresas Oficiales de Servicios Públicos: Su objetivo principal es llevar a cabo la prestación de los servicios públicos domiciliarios teniendo en cuenta la Ley 142 de 1994. (Ley 489 de 1998, Artículo 84)
- g. Institutos Científicos y Tecnológicos: Se constituyen en organizaciones sin ánimo de lucro, con autonomía administrativa y patrimonial, regidas por el derecho privado. Su principal función consiste en el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 68 de la Ley 489. (Ibáñez, 2006, p.254)
- h. Las Sociedades entre Entidades Públicas:

Se forman cuando dos o más entidades públicas, a través de la celebración de un convenio o la creación de una persona jurídica sin ánimo de lucro, se unen para llevar a cabo de forma conjunta la prestación de servicios públicos o de funciones administrativas, lo anterior, de acuerdo a lo instaurado en el artículo 95 de la ley 489 de

- i. Sociedades de Economía Mixta:

Están reguladas en el artículo 97 de la mencionada ley y conforme a éste se crean por disposición legal; como su nombre lo indica están compuestas por capital público y capital privado para la ejecución de funciones industriales y comerciales de acuerdo a la forma societaria-comercial que adoptan. Estas entidades se rigen a manera general por el derecho privado.

- j. Demás Entidades Administrativas Nacionales: En este aparte se contemplan aquellas entidades que a futuro se creen por disposición legal para conformar la estructura de la administración.

- 3. Sector Descentralizado territorialmente: Es pertinente dejar sentado, que para efectuar el estudio del sector descentralizado territorialmente se ha tomado como base la estructura del estado concebida por Ibáñez (2006), por lo cual, la clasificación que se dará a continuación no es la única existente y por lo tanto para la comprensión de este tema en particular, se pueden ver las perspectivas jurídicas que brinden otros doctrinantes.

- a. *Entidades Territoriales*: Compuestas por los Distritos, Municipios y Departamentos
- b. *Entidades Descentralizadas, Funcionalmente o por Servicios*:
 - Establecimientos públicos
 - Las unidades administrativas especiales
 - Empresas industriales y/o comerciales
 - Empresas sociales
 - Empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios
 - Sociedades entre entidades públicas
 - Sociedades de economía mixta
 - los institutos de investigación científica y tecnológica

- Las demás entidades de naturaleza especial creadas o autorizadas por ordenanzas o acuerdos, respectivamente, con el carácter de entidades descentralizadas de cada uno de los órdenes departamental, distrital o municipal, entre las cuales se pueden destacar las siguientes:
- Las sociedades entre entidades públicas
- Asociaciones y fundaciones creadas para el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas
- c. *Entidades Administrativas Especiales del Orden Territorial:* Áreas Metropolitanas, provincias, Regiones Administrativas y de Planificación.
- d. *Los Territorios Indígenas.*

Organismos Autónomos: Aunque no hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, es pertinente mencionarlos, estos son:

El Banco de la Republica, La Comisión Nacional de Televisión, Las Corporaciones Autónomas Regionales, Las Universidades Oficiales Autónomas; la Comisión Nacional del Servicio Civil .Por disposición de la Constitución Política cuentan con total autonomía para el desarrollo de las funciones para las cuales fueron creados, además de tener personería jurídica. Estos órganos autónomos con régimen especial, no pertenecen ni dependen de la rama ejecutiva del poder público. (Ibáñez, 2006)

Organización Territorial

Si bien nuestro país cuenta hoy en día con un modelo de Estado claramente definido por la constitución de 1991, éste no es el que ha predominado siempre, ya que el mismo es producto de un proceso de conformación en donde se han instituido diversas formas de organización estatal. En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que la organización territorial es un elemento característico del actual modelo de estado, se elaborará una breve reseña histórica sobre los modelos de organización estatal que han existido en Colombia.

Desde que nuestro país se independizó como nación el 20 de julio de 1810, surgieron dos opciones posibles para organizar la república. Por un lado, se proponía un modelo de estado unitario el cual contaría con una constitución, un congreso y un poder central en cabeza del ejecutivo; y por otro lado, un modelo federal que se identifica con el establecimiento de varios estados dentro de un gran estado, cada uno de éstos tendría su propia constitución y parlamento pero estarían ligados entre sí por una única constitución federal, una moneda y un ejército común.

Durante estos primeros años de gestación nacional, el poder del estado se fue turnando en cabeza de dirigentes federalistas y centralistas, razón por la cual se crearon diversas constituciones en donde se instauraron uno y otro modelo. A la postre, se entró en una etapa de guerra civil en donde tanto federalistas como centralistas disputaban el poder, lo que causó divisiones al interior del estado y

facilitó la posterior reconquista española en el año 1816. Por todo lo anterior, a este periodo de la historia nacional colombiana se le denominó “patria boba”. Posteriormente en la batalla de Boyacá del 7 de agosto de 1819 liderada por el general Simón Bolívar, se volvieron a expulsar a los españoles de la república colombiana y se gozó nuevamente de independencia.

Ulteriormente se crea un modelo de estado centralista, caracterizado por el establecimiento de un poder ejecutivo concentrado y un orden territorial organizado por departamentos y municipios. En esta época surgieron disputas por la dirección del gobierno, pero ya no producidas por el tipo de modelo de estado a instaurar, si no por las diferencias ideológicas entre los grupos políticos del momento.

Por su parte, en el siglo XX, el departamento de Panamá logra independizarse de Colombia y las causas de este caótico hecho son endilgadas al excesivo centralismo y por ende al abandono por parte del estado de los departamentos y municipios. En consecuencia, dentro de este siglo se forjaron varias constituciones en las cuales se plasmó la intención que tenía el constituyente de quitarle atribuciones al poder central y brindarle mayor independencia a los entes territoriales.

Finalmente con la Constitución de 1991, se creó un modelo de estado central con descentralización administrativa, el cual representa un avance en la organización del estado pero que aún posee imperfecciones, dadas las particulares características desde el punto de vista cultural, social, político, étnico y geográfico de los entes descentralizados. (Basado en las Clases de Cátedra Ros arista, Universidad del Rosario, Profesor Rodrigo Lizarazo)

Este modelo de estado está plasmado en el artículo 1 de la Constitución Política:

Art. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.(Constitución Política de Colombia, Artículo 1)

Efectuadas las anteriores precisiones, es relevante desarrollar más a fondo la descentralización territorial como parte de la estructura de la administración pública, a la cual nos habíamos referido en la lección anterior:

Sector Descentralizado Territorialmente:

a. Entidades Territoriales:

- Distritos: Se encuentran definidos por la Constitución Política de Colombia en su artículo 322 y siguientes, y los componen el *Distrito Capital de Bogotá* el cual

cuenta con un régimen político, fiscal y administrativo establecido por la Constitución, las leyes especiales que para el efecto se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Su territorio será dividido por localidades con ocasión a las condiciones socioculturales de sus habitantes, dentro de las cuales deberá existir una Junta Administradora Local, que será elegida popularmente por un periodo de cuatro años, compuesta por un número mínimo de siete ediles en proporción al número de habitantes de la localidad. (Constitución Política de Colombia, Artículo 322 y 323)

Por su parte, el consejo distrital como ente colegiado del Distrito Capital, está integrado por un concejal por cada ciento cincuenta mil habitantes o porción superior de setenta y cinco mil que tenga su territorio. (Constitución Política de Colombia, Artículo 323)

Será función del Concejo distribuir las competencias y funciones administrativas, así como de las autoridades distritales el normal desarrollo de la ciudad y la debida prestación de los servicios asignados al Distrito. (Constitución Política, Artículo 322, ins 2)

De acuerdo a la ley, tanto los concejales como los ediles estarán inhabilitados para formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas. (Artículo 323)

Por otro lado, se encuentran el *Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias* y el *Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta* los cuales son tratados someramente por la Constitución del 91, como distritos que deberán mantener su “régimen y carácter”. Con la modificación que sufrió el artículo 328 a través del Acto Legislativo 02 de 2007, se incluyó dentro del mismo a la ciudad de Barranquilla como Distrito Turístico, Cultural e histórico y se dispuso la organización de Buenaventura y Tumaco como Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturismo.

A su vez se encuentra el *Distrito Especial, Industrial y Portuario* de la ciudad de Barranquilla el cual tendrá un régimen político, fiscal y administrativo determinado por la Constitución y toda ley especial que para el efecto se dicte y en lo no dispuesto en ellas, serán aplicables las disposiciones vigentes para los municipios. (Ley 768 de 2002)

- Municipios: Se crea como la entidad territorial más relevante dentro de la descentralización política del estado colombiano, debido a que se convierte en el medio más inmediato con el que cuentan los ciudadanos para la satisfacción de sus necesidades básicas, como ejemplo de éstas se encuentran las siguientes: “(...)prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes”(Constitución Política de Colombia, Artículo 311) entre otras. Los

municipios poseen independencia fiscal, administrativa y política y se pueden organizar en categorías dependiendo del número de habitantes y recursos económicos con los que cuenten.

En concordancia con lo anterior, según el artículo 314 de la norma constitucional el representante legal del municipio y primer jefe de la administración local será el alcalde, el cual es elegido popularmente y no podrá ser reelegido para el periodo inmediatamente siguiente.

El ente colegiado de los municipios se denomina concejo municipal y sus miembros -que deben ser mínimos 7 máximo 21 según el número de habitantes del municipio-, serán elegidos por elección popular cada cuatro años.

Se podrán crear nuevos municipios, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en las referidas disposiciones las cuales son:

- Que el área del municipio propuesto tenga identidad, atendidas las características naturales, sociales, económicas y culturales.

- Que cuente por lo menos con catorce mil habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se pretende segregar no disminuya su población por debajo de este límite señalado, según certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE.

- Que el Municipio propuesto garantice, por lo menos, ingresos corrientes de libre destinación anuales equivalentes a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales vigentes, durante un período no inferior a cuatro (4) años.

- Previamente a la presentación del proyecto de ordenanza por la cual se cree un municipio el órgano departamental de planeación, de acuerdo con la metodología elaborada por el Departamento Nacional de Planeación debe elaborar el respectivo estudio, sobre la conveniencia económica y social de la iniciativa y la viabilidad de la nueva entidad, teniendo en cuenta sus posibilidades económicas, de infraestructura y su identificación como área de desarrollo. Con base en dicho estudio, el órgano departamental de planeación deberá expedir concepto sobre la viabilidad de crear o no el municipio, debiendo pronunciarse sobre la conveniencia de la medida para el municipio o los municipios de los cuales se segregaría el nuevo.

En ningún caso podrá crearse un municipio que sustraiga más de la tercera parte del territorio del municipio o municipios de los cuales se segrega. De forma previa a la sanción de la ordenanza de creación del municipio, el Tribunal Contencioso Administrativo ejercerá control automático previo sobre la legalidad de la misma. Si el proyecto no se encontrare ajustado a la ley no podrá sancionarse. (Ley 136 de 1994, Artículo 8, modificado por el artículo 15 de la ley 617 del 2000)

- Departamento: Se encuentran regulados en el título XI de la organización territorial, capítulo II, denominada “Del Régimen Departamental” de la Constitución Política. Son entidades autónomas y tienen como función principal la conducción de programas y proyectos en su área de influencia, al igual que la organización y proyección de las políticas económicas y sociales del respectivo departamento. Igualmente, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 298 de la C.P. estas entidades cumplen funciones de supervisión, coordinación e intermediación de la gestión municipal. En este orden de ideas cuando un municipio este en la imposibilidad de prestar un servicio público o lo preste de forma deficiente, el Departamento al cual pertenece está en el deber de suplir dicha necesidad; con este argumento los jueces en conocimiento de la acción popular, han declarado a ciertos departamentos como responsables conjuntamente con el municipio demandado, de la violación a derechos colectivos, cuando éste último no efectuó la debida prestación del servicio público que produjo la vulneración alegada.

Al igual que los entes municipales, los departamentos cuentan con un órgano colegiado, denominado asamblea departamental el cual “ejerce control político sobre la administración departamental” además de contar con independencia administrativa y financiera. Igualmente, la ley tiene la facultad de crear nuevas funciones y competencias de carácter fiscal y administrativas a los Departamentos, con el fin de que se cubran las necesidades de la población, teniendo en cuenta factores poblacionales, culturales, económicos, entre otros.

Para la creación de nuevos departamentos, el congreso tendrá la facultad de establecerlos siempre y cuando se agoten los procedimientos pertinentes de consulta popular y se cumplan los requisitos legales dispuestos en la ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. (Al respecto ver Decreto 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental, Artículo 8)

- b. *Entidades Descentralizadas Funcionalmente o por servicios:* Son las tratadas en la lección anterior, dentro del sector descentralizado por servicios, numeral 2. Éstas, por su grado de inferioridad jerárquica y por gestionar las políticas públicas diseñadas por los entes territoriales, serán decretadas por las Asambleas Departamentales, Consejos Distritales o Municipales, además, de estar adscritas y vinculadas a los mismos. (Ibáñez, 2006, p. 362)
- c. *Entidades Administrativas Especiales del Orden Territorial:*

- Áreas metropolitanas: Teniendo en consideración el artículo 319 de la Constitución Política de Colombia; Se forman cuando dos o más municipios en razón a sus relaciones económicas, se unen para desplegar actividades en torno a un municipio principal que los articula, con el objetivo de llevar a cabo el cumplimiento eficaz de la prestación de los servicios públicos y funciones de índole, social, económica y físicas entre otras. Su régimen está definido de la siguiente forma:

La ley de ordenamiento territorial adoptará para las áreas metropolitanas un régimen administrativo y fiscal de carácter especial; garantizará que en sus órganos de administración tengan adecuada participación las respectivas autoridades municipales; y señalará la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios. (Constitución Política de Colombia, Artículo 319)

- Provincias: Están compuestas por la conjunción de municipios o territorios indígenas colindantes dentro de un mismo departamento, las cuales se estructuran legalmente a través de un estatuto básico que las organiza administrativamente para el despliegue de actividades y funciones que les deleguen la ley, las entidades nacionales o departamentales y los municipios. Estos entes territoriales serán creados a través de Ordenanzas, las cuales se emitirán a iniciativa del Gobernador, el alcalde o a solicitud de la población de acuerdo al número de votantes requerido por la ley. (Constitución Política de Colombia, Artículo 321)

De acuerdo al artículo constitucional 321, los ingresos con los cuales cuentan las provincias provendrán de los aportes efectuados por los departamentos y municipios que las componen, del porcentaje del ingreso corriente que autoricen las asambleas departamentales y los consejos municipales respectivamente.

- Regiones Administrativas y de Planificación:

Estas entidades territoriales son “Esquemas Asociativos Territoriales” las cuales tienen su más íntimo origen en las tan nombradas regiones de planificación, entre las cuales se encontraba la región de planificación de la Costa Atlántica, la cual fue creada por la ley 76 de 1985. Dichas entidades constituían tan sólo “divisiones del territorio”, que le permitían a los respectivos departamentos ejecutar planes de desarrollo económico y administrativo al interior de las mismas.

Se encuentran regidas por la Constitución Política de 1991 en sus artículos 306 y siguientes; son entidades territoriales, que cuentan con personería jurídica y recursos propios las cuales están compuestas por dos o más departamentos (Ibáñez, 2006, p.364) para la gestión de actividades tanto sociales como económicas en procura del bienestar general de la población que las componga. Pueden llegar a convertirse en entidades territoriales, siempre que la respectiva ley orgánica, con la previa existencia de un concepto por parte de la Comisión de Ordenamiento Territorial, decreta los condicionamientos necesarios para solicitar dicha conversión, además de ser necesaria la decisión legislativa del congreso, la cual en todo caso requerirá de la consulta de los habitantes de los departamentos interesados a través de la figura del referendo. (Constitución Política de Colombia, Artículos 306 y 307);

Sera la ley la encargada de determinar frente a las regiones sus organismos de administración, los recursos con los que se ejercerán las acciones a su cargo, su participación dentro de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías, así como también será la facultada de fijar los lineamientos para la creación del estatuto especial que rige para cada región. (Constitución Política de Colombia, Artículo 307)

En el proyecto de Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial presentado ante el Congreso de la República (Proyecto de ley 058 Cámara, Agosto de 2010), en el artículo 28 se dispuso la creación de Regiones Administrativas y de Planificación en aras de que los departamentos aúnen fuerzas en pro del desarrollo económico, político y social de la respectiva región, para lo cual se pone como condición que los departamentos sean continuos geográficamente hablando.

Frente a este punto, es pertinente precisar que el criterio usado aunque necesario no debe ser indispensable, debido a que la continuidad geográfica no es directamente proporcional a la necesidad de cooperación que puede llegar a existir entre dos o más territorios colindantes. Es decir, en nuestro parecer, en este proyecto no se tienen en cuenta otros criterios que podrían ser aún más importantes para efectos de reciprocidad administrativa y económica. Se puede presentar el caso de que dos Departamentos vecinos no tengan intereses comunes por razones diversas y que por el contrario un Departamento tenga mayor afinidad en términos económicos, sociales, administrativos y culturales con otro que no sea geográficamente continuo a él.

De igual forma, se debió especificar en el respectivo proyecto, la conveniencia económica como factor determinante a la hora de constituirse las regiones Administrativas y de Planificación, independientemente si son geográficamente contiguas o no. La constitución de una región ya sea como entidad territorial o como región administrativa y de planificación, no se puede crear y organizar atendiendo a criterios políticos, los cuales pueden variar con el transcurso del tiempo y de los gobiernos, si no que esta decisión debe ser el resultado del consenso de varios pueblos que se entienden hermanos dentro de una misma nación.

- d. *Territorios Indígenas:* Dichas entidades del orden territorial se encuentran previstas y regladas por los artículos 329 y 330 de la norma constitucional.

Estas entidades cuentan con sus propios lineamientos políticos, sociales y culturales los cuales se encuentran administrados por consejos debidamente constituidos, de acuerdo a sus usos o costumbres. (Constitución Política, Artículos 329 y 330)

Tales territorios podrán llegar a ser entidades territoriales siempre y cuando se siga con los condicionamientos que para la formación de las mismas se disponga en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial; por otro lado, la delimitación de los territorios se realizará con el aval de la Comisión de Ordenamiento Territorial

y la efectuará el gobierno nacional con la intervención de los líderes indígenas. (Constitución Política de Colombia, Artículo 329).

Según mandato constitucional si un territorio indígena pertenece a más de un departamento, su administración será ejercida conjuntamente por los consejos indígenas y los gobernadores departamentales involucrados dentro del territorio. Además de establecer que estos territorios serán de propiedad colectiva y no enajenable. (Constitución Política de Colombia, Artículo 329)

En lo que a la explotación de recursos naturales se refiere, la ley ordena tener especial cuidado a la hora de autorizar las explotaciones que en territorios indígenas se vayan a efectuar, además de la obligación de surtir la consulta ante las comunidades indígenas, dicha explotación se deberá llevar a cabo con todos los cuidados necesarios para causar el menor daño ambiental, cultural y social posible.

En el proyecto de Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial presentado ante el Congreso de la República (Proyecto de ley 058 Cámara, Agosto de 2010), No se contempló la asociación y participación de las comunidades indígenas y afro descendientes en la forma de organización del territorio nacional, esta participación contrario a ser un problema significaría la materialización efectiva del derecho a la igualdad y a la no discriminación, de igual forma y teniendo en cuenta que son los indígenas quienes más se han destacado por el cuidado del territorio y del medio ambiente, es importante contar con agrupaciones que los representen y que permitan la conservación de la biodiversidad y el respeto por la cultura, así como también la ejecución de proyectos que les permitan mejorar su calidad de vida.

Se puede concluir entonces, que aunque constitucionalmente se concibe una forma de organización territorial basada en la “autonomía” de las entidades territoriales, y a pesar que a manera general dentro del proyecto de ley de Ordenamiento Territorial presentado por el Gobierno se le pretende dar una mayor independencia a los entes territoriales en cuanto al traslado de competencias se refiere, tal como lo contempla el artículo 20 del proyecto, dicha autonomía no es en la práctica una realidad, sobretodo en la ejecución de recursos. En el proyecto de ley no se concretan mecanismos para que tal autonomía se haga efectiva, debido a la desconfianza que aún persiste con respecto a los entes territoriales, el gobierno central le brinda pocas herramientas (presupuestales y administrativas) para que se desarrollen al interior de los municipios, departamentos y regiones proyectos que permitan el progreso de la región y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Se puede decir que el poder central tiende a concentrarse cada vez más.

Concepto sobre función pública y Generalidades

El término <<función pública>> puede ser visto desde tres perspectivas, las cuales conforman globalmente el concepto objeto de estudio:

-General: desde este sentido, usamos la acepción estudiada para referirnos a aquellas actividades que se encuentran exclusivamente en cabeza del Estado.

-Recurso Humano: También se entiende como función pública, las acciones desempeñadas por los funcionarios públicos, los cuales representan el Estado.

-Relación Laboral: Desde la órbita de las relaciones suscitadas entre el Estado como empleador y los servidores públicos en su condición de subordinados.

Establecidos estos criterios, es oportuno mencionar que el concepto de función pública hace alusión a la acción desplegada y/o cumplida por una persona natural en virtud de su relación laboral con el Estado, y a través de la cual manifiesta de forma directa o indirecta la voluntad de la administración. Estos servidores públicos ejecutan actividades que van dirigidas al logro del bienestar de la sociedad, a la postre, están al servicio de la nación y de los ciudadanos; por lo que tanto su vinculación como su ejercicio laboral están provistos de solemnidades y de un régimen jurídico especial.

La Procuraduría General de la Nación, percibe la función pública de siguiente forma:

La Función Pública se ha referido tradicionalmente al empleo público, es decir, desde la actividad misma y desde el sujeto que como servidor público la realiza. Sin embargo hoy el rol de la Función Pública, como lo vemos desde la Procuraduría General de la Nación, es del mayor interés porque obedece a un concepto más amplio y complejo que hace referencia también a la forma de responder a las exigencias de la Modernización de la administración pública, tanto en los niveles centrales y territoriales. Por ello la Función Pública busca promover iniciativas desde la prevención que se dirijan a la reforma de la administración en dirección a la eficiencia, eficacia y economía en la acción administrativa. (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2008, P. 13)

En virtud de lo anterior, la función Pública no sólo es tomada en su acepción formal, sino que también es vista con un criterio finalista, es decir se toman en cuenta además de las funciones que los servidores públicos deben cumplir de acuerdo con la constitución y la ley, los resultados y el impacto obtenido con la ejecución de las mismas. De esta manera, la función pública es equiparada con principios de “buena gobernanza”, en la medida en que implica que con el cumplimiento de dichas funciones se logren los objetivos para las cuales éstas fueron creadas.

El marco regulatorio de la función pública está previsto en la Constitución Política de Colombia (Capítulo II, Artículos 122 al 131, ley 443 de 1998, ley 909 de 2004, Ley 4 de 1992 entre otras), en estas disposiciones se contemplan los rasgos característicos del ejercicio de la función pública, los cuales podemos resumir de la siguiente forma:

- La función pública se rige por unos principios constitucionales puntualizados en la ley 909 de 2004 artículo 2, los cuales son, transparencia, eficacia, moralidad, merito, igualdad, economía, imparcialidad, publicidad y celeridad.
- Todo lo atinente al ingreso, permanencia y retiro de la función pública, está regulado en la Constitución y la ley. Por tanto las obligaciones a cumplir en un determinado cargo público, deberán estar previamente especificadas en la ley y/o en los reglamentos, así como las responsabilidades que éstos tengan en ocasión al ejercicio del mismo.
- El acceso al empleo público está regido por el principio de meritocracia y transparencia, entre otros, en virtud de éstos se deberán elegir a las personas más idóneas para ejercer los cargos públicos, teniendo en cuenta para ello la aptitud y capacidades de los candidatos.
- A manera general, los cargos en la administración, se deben adquirir haciendo carrera administrativa, con excepción de aquellos servidores elegidos popularmente, los de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales. Dicha limitación se encuentra plasmada en el artículo 125 de la Constitución Política.
- La ley prohíbe y restringe el ingreso y permanencia a la función pública a ciertas personas que por sus calidades están impedidas para ejercer cargos públicos, entre éstas se encuentran aquellas personas que hayan sido condenadas en cualquier momento por delitos en contra del patrimonio público, además impide el reingreso de ex servidores estatales que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubieren causado el pago por parte del estado de una reparación patrimonial, a menos que dichos ex funcionarios hubieren respondido con su propio patrimonio por dicha condena. (Constitución Política, Artículo 22, inciso 5, modificado por Acto Legislativo 01 de 2004 art.1)
- Los servidores públicos están sometidos a un Código Disciplinario Único el cual se encuentra plasmado en la ley 734 de 2002, lo que se traduce en que sus funciones deben desarrollarse teniendo de presente la ley, los manuales de funciones y los principios éticos que deben guiar toda actuación administrativa.
- Los funcionarios del estado están en la obligación de declarar sus bienes y rentas, antes de ingresar al cargo y a la hora del retiro del mismo.
- Estará prohibido el favoritismo en los cargos públicos, esto implica que los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las que tengan relación de parentesco (cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil). (Constitución Política, Artículo 126) entre otras prohibiciones. Por tanto, a los funcionarios del estado les es aplicable un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual será estudiado en la lección No. 5 del presente capítulo.

- Todos los funcionarios públicos se posesionan en su cargo prestando juramento, por medio del cual se obligan solemnemente a defender la Constitución y cumplir las labores para las cuales fueron designados.
- Ninguna persona podrá desempeñar más de un empleo público ni devengar del Estado más de una partida presupuestal. Con excepción de las siguientes causales:
 - Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
 - Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
 - Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
 - Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
 - Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
 - Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
 - Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados. (Ley 4 de 1992, Artículo 19)
- Los servidores públicos no podrán aceptar galardones, medallas, reconocimientos o similares por parte de gobiernos extranjeros, sin que se autorice tal hecho por parte del Presidente de la República.
- El Estado cuenta con unos órganos responsables de guiar, vigilar y formular las políticas pertinentes con el propósito de hacer más eficiente y eficaz la función pública, éstos son:
 - El Departamento Administrativo de la Función Pública. Esta entidad es de creación legal (ley 19 de 1958) y de acuerdo al artículo 18 de la ley 489 de 1998 una de sus funciones será la de establecer los lineamientos de la política para agilizar los trámites dentro de la administración, entre otras funciones.
 - La Escuela Superior de Administración Pública-ESAP. Se creó a través de la ley 19 de 1958, es un ente de educación superior con programas que promueven la instrucción de la administración pública a nivel universitario. Dentro de sus programas más importantes se puede destacar la “escuela de alto gobierno” la cual va dirigida especialmente a los servidores públicos elegidos popularmente (gobernadores y alcaldes), con el fin de brindarles las herramientas teóricas y prácticas necesarias para que inicien de forma idónea la gestión administrativa en su respectiva jurisdicción.
 - La Comisión Nacional del Servicio Civil. Es un órgano creado por disposición constitucional, es el encargado de regular todo lo concerniente con la carrera administrativa de los empleados públicos.

Los Servidores Públicos

Dentro del régimen laboral administrativo, como algunos denominan la relación Estado-Funcionarios, no todos los trabajadores comparten la misma naturaleza ni tienen la misma vinculación, de esta manera existen varios tipos de funcionarios públicos.

Para efectuar la clasificación que se mostrará a continuación, se ha tenido en cuenta el tipo de relación que los servidores públicos tienen con las diferentes entidades de la administración; para lo cual se trae a consideración el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, y lo estructurado por Younes (2009), de acuerdo a esto, los servidores del estado tienen la siguiente categorización:

Igualmente, la especie de vinculación que tenga cada clase de servidor público con el estado, variará dependiendo de la categoría en donde aquellos se encuentren, por ejemplo, los funcionarios públicos que están dentro del grupo de <empleados públicos> están ligados con la administración a través de una relación de carácter “estatutaria”, mientras que los trabajadores oficiales lo están por medio de un contrato de tipo laboral. Estas formas de relación con el Estado, generalmente son establecidas teniendo en consideración las características y las actividades desplegadas por el órgano contratante.

Dejando claro lo anterior, es pertinente especificar las particularidades de cada clase de servidor público:

Miembros de las corporaciones públicas

Son aquellos funcionarios pertenecientes a los órganos colegiados de elección popular denominados <corporaciones públicas> entre los cuales se encuentran, miembros de los consejos municipales, diputados, representantes a la cámara, entre otros. La relación de estos trabajadores con el Estado se efectúa a través de la forma estatutaria, y se consuma con la posesión, la cual se lleva a cabo una vez los servidores sean elegidos legítimamente por el pueblo. El retiro de los miembros de las corporaciones públicas se materializa una vez finalice el periodo para el cual fueron elegidos, a menos que por razones de índole disciplinario, penal u otras, pierdan la investidura, situación en la cual estaríamos ante una forma anormal de terminación del vínculo laboral.

Trabajadores oficiales

Tal como habíamos mencionado anteriormente, estos funcionarios están relacionados con el Estado a través de un contrato de trabajo laboral el cual no queda supeditado totalmente a unas condiciones fijas e inamovibles, si no que por el contrario en él se plasma además de la voluntad de la administración, la del trabajador en cuanto a la forma en que se va llevar a cabo la prestación del servicio. No obstante lo anterior, este tipo de trabajadores gozan de unos derechos mínimos reconocidos en la ley con relación a sus prestaciones sociales, con independencia de lo que se pacte en cada contrato de trabajo en particular.

Son trabajadores oficiales aquellas personas naturales que laboran en el área de la construcción y sostenimiento de obras públicas, funcionarios de las empresas industriales y comerciales del estado y de las empresas de economía mixta.

Por otro lado, vale la pena especificar que el tipo de contrato al que nos estamos refiriendo en esta oportunidad no se debe confundir con aquellos de prestación de servicios celebrados entre una persona natural y la administración, ya que éstos últimos son de carácter estatal, por lo tanto no dan cabida a la relación de subordinación que efectivamente existe en los contratos laborales tratados, ni mucho menos al pago de prestaciones sociales.

Empleados públicos

Son empleados públicos aquellas personas naturales ligadas con el estado a través de una vinculación laboral jurídico-legal inalterable, la cual se encuentra reglamentada preliminarmente en la ley. Las condiciones laborales en este tipo de relación (modo estatutario) no son objeto de cambio, en razón a que éstas ya están estandarizadas, por lo tanto, el funcionario deberá aceptarlas o no.

De acuerdo al artículo 5 del Decreto ley 3135 de 1968, son empleados públicos las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, y algunos trabajadores de las empresas industriales y comerciales del estado a los cuales los estatutos de la empresa los designe como tal.

Por su parte, dentro de la Función Pública existen varias clases de empleos públicos, a saber;

Empleos públicos de carrera; Es un medio de acceder a la función pública surtiendo los concursos establecidos para el efecto, y en donde se tienen en cuenta las capacidades y a aptitudes de los concursantes.

Empleos de elección popular; son aquellos que se disponen para funcionarios públicos elegidos popularmente, como lo son los alcaldes, concejales, diputados, gobernadores, representantes a la cámara, senadores y presidente, entre otros.

Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; a diferencia de los empleos de carrera éstos se caracterizan por poseer pocos trámites, son aquellos ocupados por personal idóneo (de acuerdo a lo determinado en la ley), pero los cuales son escogidos y removidos autónomamente por la entidad pública.

Empleos de período fijo; Mediante estos se provee a un funcionario un cargo por un periodo de tiempo definido. Estos periodos de tiempo, variarán dependiendo del tipo de servicio que se va a prestar, la disponibilidad del

empleo, la necesidad del servicio y en general lo que al respecto se especifique en la ley y en los reglamentos de la institución contratante.

Empleos temporales; teniendo presente lo regulado por la ley 909 del 2004, son aquellos establecidos para ser desempeñados de forma transitoria cuando las necesidades del servicio lo requieran, los actos que los provean deberán estar debidamente motivados y soportados con el respectivo Certificado de Disponibilidad Presupuestal, a través del cual se evidencia que la respectiva entidad cuenta con los recursos económicos necesarios para asumir las obligaciones que se derivan de esa contratación.

Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- Que las labores que se vayan a suplir con dicho empleo, sean diferentes a las desempeñadas por los funcionarios de planta.
- Que esas funciones sean ejercidas dentro de un plazo de tiempo establecido.
- Que habiéndose presentado situaciones extraordinarias, sobrevengan para la entidad labores que no corresponden al desarrollo de su objeto, en estos casos la misma podrá contratar personas que asuman esas nuevas cargas laborales.
- Que el empleo temporal tenga como objetivo el despliegue de actividades de consultoría y asesoría institucional que tengan íntima relación con el objeto de la entidad contratante. Éste deberá ejecutarse en un periodo máximo de doce meses.

A manera general, las vacantes deberán suplirse con base en la lista de elegibles establecidas para empleos de carácter permanente, o en su defecto se deberán escoger a los candidatos haciendo una evaluación detallada de las aptitudes académicas y personales de los aspirantes. (Ley 909 del 2004, Artículo 21)

En cuanto a los **cargos de carácter provisional**, la ley es más estricta en el sentido en que restringe el tiempo de permanencia en los mismos; así cuando se esté en presencia de una vacancia por causa del ascenso de un funcionario de carrera administrativa el cual cumplirá periodos de prueba, el tiempo que deberá durar el cargo será el mismo que se establezca para el periodo de prueba, más el intervalo de tiempo que se requiera para la superación del mismo. Por su parte cuando la vacancia se presente de forma decisiva, el cargo sólo deberá suplirse hasta por cuatro meses. (Ley 443 de 1998 Artículo 10)

Causales de retiro del servicio

El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- Por renuncia regularmente aceptada;
- Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez

- Por invalidez absoluta;
- Por edad de retiro forzoso;
- Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- Por orden o decisión judicial;
- Por supresión del empleo;
- Por muerte;
- Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes. (Ley 909 de 2004, Artículo 41)

Para los empleos temporales, la terminación se hará efectiva cuando la necesidad del servicio lo amerite, los empleos de periodo fijo, cesaran cuando se cumpla el término de tiempo establecido para el ejercicio del mismo.

Carrera Administrativa

La carrera administrativa se concibe como el mecanismo de selección objetiva idóneo, para verificar que el ingreso, acenso y permanencia en la función pública se efectúe con la observancia de ciertas garantías y principios determinados en la constitución y en la ley. Por lo anterior, se puede decir que a manera general todos los empleos públicos deberán ocuparse cumpliendo los requisitos y concursos establecidos en la mencionada institución, con excepción de aquellos para los cuales la ley ha estipulado otro sistema de selección.

De igual forma, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia de la carrera administrativa como el instrumento que por excelencia garantiza los principios de transparencia y de igualdad en la función pública:

El concurso es un instrumento de selección que tiene como finalidad establecer la capacidad, idoneidad y potencialidad del aspirante para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo, [17] la Corte Constitucional ha rechazado el empleo de factores de evaluación que no sean compatibles con esa finalidad, como por ejemplo cuando se acude a criterios subjetivos o irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen, o cuando se acude a motivos ocultos, preferencias personales, o animadversión o a criterios de tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión política o filosófica, para descalificar al aspirante. (Sentencia C-753 de 2008)

Este sistema técnico de administración de personal como legalmente es denominado, se encuentra regulado en el artículo 125 de la constitución política, pero su desarrollo normativo está contemplado en la ley 909 del 2004, la cual define y precisa los procedimientos que se deben agotar para garantizar la debida escogencia de las personas que deseen postularse como candidatos para ocupar cargos públicos.

En este orden de ideas, la carrera administrativa se encuentra fundamentada en 9 principios, los cuales guían y respaldan todas y cada una de sus etapas, a saber:

- Transparencia; hace alusión a la claridad con la que se deben llevar a cabo los procesos de selección, la cual permite que los concursantes conozcan de principio a fin las reglas del juego y las razones objetivas por las cuales fueron seleccionados o descartados.
- Imparcialidad; este principio va ligado con el de mérito, debido a que solo la evaluación de las calidades y aptitudes tanto personales como profesionales de los aspirantes, serán el criterio determinante para adelantar la escogencia de los mismos. Por lo tanto, los encargados de efectuar la selección deberán obrar con total objetividad.
- Eficacia y Eficiencia; el primero se traduce en la obtención de los resultados propuestos, en este caso en particular y siguiendo lo dispuesto en el artículo 28 inciso g de la ley 909 de 2004, debe haber eficacia en los procesos de selección, en aras de elegir al personal más capacitado de acuerdo al perfil requerido para determinado empleo. Por su parte, la eficiencia hace referencia al logro del fin anteriormente descrito, pero obtenido en menor tiempo y con menos recursos. No obstante, en ningún caso el mencionado principio debe traducirse en desacato de las instancias y las garantías procesales que se deben observar dentro de los sistemas de la carrera administrativa.
- Merito; implica que para suplir un determinado empleo público se debe escoger a la persona más idónea de acuerdo a las aptitudes personales y requisitos técnicos o profesionales previamente exigidos en los respectivos concursos. De igual forma se procederá, en los casos de ascenso a los cargos públicos.
- Confiabilidad y validez de los instrumentos usados; de acuerdo con este principio los mecanismos usados en la selección del personal que desempeñará la función pública, deberán ser los más óptimos, de forma tal que arrojen resultados veraces y confiables.
- Libre concurrencia; En la carrera administrativa estará prohibida la discriminación en cualquiera de sus expresiones y por lo tanto toda persona que cumpla con las exigencias establecidas para un determinado empleo público, podrá postularse y participar en la selección del mismo.
- Publicidad; las invitaciones para efectuar los diferentes concursos deberán divulgarse y publicarse a través de medios de comunicación de alta difusión, que garanticen que los ciudadanos conozcan sobre las respectivas convocatorias.
- Especialización de las entidades facultadas para llevar a cabo los concursos dentro de la carrera administrativa.

Siguiendo lo señalado en el artículo 30 de la ley 909 de 2004, en los procesos de selección que se desarrollan en virtud de la carrera administrativa se identifican tres actores fundamentales; el primero de éstos es la Comisión Nacional del Servicio Civil la cual se constituye como el organismo más importante dentro del sistema que en la presente lección se estudia, debido a que por mandato constitucional se le ha proveído la labor de administrar y vigilar todo lo concerniente a la carrera administrativa. En segundo lugar, encontramos a las instituciones de educación superior, las cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil acredita como aptas, para que previa la celebración de un contrato realicen las diferentes convocatorias. Por último, las entidades que demandan y solicitan el personal a vincular a través de los concursos, y las cuales brindan la información sobre el cargo a proporcionar.

En lo que al acceso a los cargos públicos se refiere, la ley 909 en su artículo 31 ha establecido las etapas que se deben surtir a la hora de desarrollar los procesos de elección de los funcionarios, las cuales son:

1. Convocatoria: Es la fase del proceso de selección a través de la cual se hace un llamado a la ciudadanía por medio de la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que los interesados en los concursos que se presentan se postulen como candidatos de los mismos; de esta forma se garantiza la igualdad y el principio de publicidad en el acceso a la carrera administrativa.
Será la entidad contratada para desarrollar el proceso de selección, o en su defecto la Comisión Nacional del Servicio Civil la encargada de suscribir la respectiva convocatoria, cabe aclarar, que los términos en los que se plantea la misma son de suma importancia, debido a que ésta tiene efectos vinculantes tanto para los organismos que la surten como para los convocados.
2. Reclutamiento: Durante esta instancia se verifican cuáles y cuantas de las personas que acudieron a la convocatoria, se adecuan a las características mínimas exigidas para merecer ser registradas como participantes.
3. Pruebas: Es quizás la etapa más importante del concurso, puesto que en ella se llevan a cabo los exámenes de conocimiento necesarios para determinar las habilidades y capacidades de los convocados inscritos. Éstas evaluaciones pueden ser de varias clases dependiendo de la necesidad del servicio que se requiera, igualmente, se efectuarán pruebas psicotécnicas y entrevistas presenciales para determinar las condiciones personales de los participantes.
En este orden de ideas, los resultados de los exámenes deberán ser valorados de acuerdo al principio de confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados dentro del proceso, los cuales permitirán encajar a los aspirantes con los puestos a proveer.
4. Lista de elegibles: Una vez se verifiquen los resultados de los exámenes efectuados y de acuerdo al principio de mérito, se conformará la lista de personas seleccionadas con las que se cubrirán las vacantes para las cuales se solicitó la convocatoria, dicha lista

estará vigente durante dos (2) años. Lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 de la referida ley.

5. Periodo de Prueba: En la norma se contempla la posibilidad de que una persona pueda acceder a la carrera administrativa a pesar de no haber estado inicialmente inscrita en ésta. Para lo anterior, es necesario que el aspirante haya sido elegido a través de concurso, caso en el cual entrará en un periodo de prueba por un término no mayor a seis (6) meses, tiempo necesario para demostrar su ejercicio en el cargo. Una vez se declare como satisfactoria la labor desempeñada por el funcionario durante el periodo de prueba, se le vinculará a través de la carrera administrativa, de no ser así, su nombramiento se declarará insubsistente.

Por otro lado y teniendo presente que la función pública debe tener en cuenta las particularidades y necesidades que cada empleo demande, la carrera administrativa no sólo se traduce en un único proceso, por el contrario, ésta contiene varios procedimientos creados para ciertas entidades que de acuerdo a las funciones que ejercen ameritan un tratamiento especial. Estos “sistemas específicos de carrera administrativa” como los denomina la ley 909 de 2004 en su artículo 4 se aplican en los siguientes casos:

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).
- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).
- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.
- El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.
- El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
- El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. (Ley 909 de 2004, Artículo 4)

Régimen de responsabilidad de los servidores públicos

Los funcionarios del estado en el desarrollo de sus funciones pueden llegar a incurrir en diferentes tipos de responsabilidades, en esta medida, una actuación que no se ajuste a la ley y/o a los reglamentos puede originar consecuencias de tipo Fiscal, Penal, Disciplinaria y Civil.

-Responsabilidad Fiscal:

La responsabilidad fiscal es una carga u obligación que tiene o puede llegar a tener un sujeto a favor del Estado, por las actuaciones dolosas o graves culposas

de éste que se deriven de la afectación que con dichas conductas se produzcan al patrimonio público estatal.

En la responsabilidad fiscal se encuentran involucrados conceptos cualificadores del sujeto, ya que se predica de los servidores públicos, pero también son sujetos de dicha responsabilidad quienes no teniendo tal calidad manejan o administran bienes del estado. En este sentido la jurisprudencia ha planteado tres puntos fundamentales que se deben tener en cuenta a la hora de evaluar la responsabilidad fiscal, estos son; quienes son sujetos disciplinables, que se entiende por daño patrimonial y cuando se habla de patrimonio público.

El proceso de responsabilidad fiscal, el cual es adelantado por la Contraloría General de la Nación y sus delegadas en todo el territorio nacional, tiene como fin la reparación al patrimonio público afectado por la indebida gestión del funcionario a cargo; éste se encuentra regulado en la Ley 610 de 2000, dentro de la cual se detallan las diferentes etapas que se surten dentro del mismo, las cuales son:

1. Indagación Preliminar: En esta etapa se identifica en primera medida el órgano en donde probablemente se originó el detrimento patrimonial, los hechos que probablemente lo originaron y los funcionarios públicos implicados dentro de la comisión de la falta.

2. Auto de apertura del proceso: Es la actuación con la cual nace jurídicamente el juicio de responsabilidad fiscal y por lo tanto existen más elementos probatorios que confirmen los indicios acaecidos en la etapa preliminar.

3. Auto de imputación de responsabilidad fiscal: Luego de hacerse un estudio minucioso de los hechos y del daño denunciado dentro del proceso, será viable la emisión de un auto que recopile los acontecimientos objeto de reproche y en el cual se defina el grado y la calidad en que se le atribuye al sujeto la responsabilidad fiscal.

4. Etapa probatoria: Es determinante para el proceso ya que en ésta, las partes tienen la oportunidad de demostrar la ocurrencia o no del daño, y su responsabilidad en los hechos.

5. Fallo con o sin responsabilidad fiscal: En el primero se atribuye culpabilidad a los investigados dentro del proceso por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones, así mismo se especificará el grado de responsabilidad a título de culpa o dolo; mientras que a través del fallo sin responsabilidad fiscal se exime de la misma a los investigados, por no existir menoscabo patrimonial.

Por último, la sanción dentro de esta clase de procesos será la retribución económica por parte del servidor responsable.

-Responsabilidad penal: Se entiende que el servidor público ha incurrido en un delito contra la administración pública cuando su conducta se adecue al tipo penal establecido dentro del título XV, del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000, artículos 397 y siguientes); entre los cuales se destacan los siguientes:

Peculado por apropiación: Siendo el tipo de peculado más común, éste se configura cuando un funcionario público sustrae del patrimonio del Estado bienes de cualquier índole para favorecerse en causa propia o ajena. Existen en el actual Código Penal diferentes tipos de peculado entre los que se encuentra además del mencionado el peculado por uso, peculado por aplicación oficial diferente y peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social.

Cohecho: Cuando el funcionario del estado supedita el cumplimiento (tipo impropio) o retardo (tipo propio) de las actuaciones a su cargo, a dadas que una tercera persona le conceda como contraprestación de dicho actuar. Por su lado, el cohecho por dar u ofrecer se configura por parte de una persona y hacia un servidor público, cuando la primera da u ofrece dadas a al servidor público para que cumpla una labor propia de su empleo o para que se abstenga de cumplirla o dilate su ejecución.

Concusión: Se constituye este delito cuando un funcionario estatal en ejercicio de una función pública busque incitar u obligar a otra persona a entregar o prometer un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza para sí o para un tercero.

Celebración indebida de contratos: Se habla de este delito en los siguientes casos: 1. Cuando el funcionario encargado de contratar bienes y servicios dentro de la entidad, omite alguna de las formalidades definidas en la ley en la celebración o liquidación de cualquier clase de contrato estatal, para favorecerse al mismo o a un tercero. 2. En el evento en que dicho funcionario vulnere el régimen de inhabilidades e incompatibilidades a la hora de celebrar un contrato estatal. 3. Cuando el mismo funcionario en ejercicio de sus funciones contractuales favorezca sus intereses o los de un tercero.

Tráfico de influencias para obtener favor de servidor público: Este delito involucra el actuar de dos servidores públicos, uno que en abuso de su cargo o posición predominante solicita a un segundo, favores, prebendas, o contraprestación de cualquier naturaleza para sí o en provecho de un tercero.

Tráfico de influencias de particular: Aquí nos encontramos ante los mismos supuestos de hecho que el delito anterior, pero con la diferencia que quien ejerce el acto abusivo en razón a su posición es un particular sobre un servidor público, para que éste último actúe de acuerdo con las peticiones efectuadas por el primero.

Enriquecimiento ilícito: Dentro de este delito se enmarcan aquellas actividades efectuadas durante el desempeño de un cargo público o en ejercicio de funciones públicas por un sujeto que durante el mismo lapso de tiempo o cinco (5) años después del desprendimiento de las funciones, aumente su capital o el de un tercero de forma significativa sin que pueda justificarlo. Este delito descrito en el artículo 412 del referido código, trae inmersa una contraposición al principio de buena fe, toda vez que se parte de la base que si un servidor público o un particular que ejerce o ejerció actividades públicas se enriquece, lo hace por ejercer o haber ejercido actividades ilegales en función de su posición. Por tanto, si una persona que reúne las condiciones descritas en el artículo anterior no puede justificar el incremento en su patrimonio, automáticamente estará inmerso dentro de los supuestos de hecho que contempla esta infracción. En este sentido, la carga de la prueba no la tiene el ente investigador si no que se le traslada al investigado, supuesto que contraviene el principio de buena fe que debe regir en todas las actuaciones administrativas y judiciales; este delito aunque necesario debe ser replanteado dentro del texto legal.

Utilización indebida de información oficial privilegiada: Nos referimos a aquella prohibición legal que tienen los servidores públicos o los particulares que ejecutan funciones de esta índole, para utilizar en su provecho o en el de una tercera persona natural o jurídica, la información que estando sometida a estricta reserva conozcan en ocasión a su cargo.

Prevaricato por acción: Incurrirá en este delito, todo funcionario que con ocasión a sus funciones produzca un acto propio de su actividad, contrario a la normatividad o los reglamentos.

Esta conducta implica, por ejemplo, que un servidor público debe emitir o negar un permiso, pero el conceder el permiso requiere el cumplimiento de ciertas condiciones, en consecuencia, incurre en este tipo penal el funcionario estatal que desconoce las condiciones necesarias que se deben cumplir y aun así otorga el permiso. Para que opere este delito se tiene que estar ante una violación ostensiblemente contraria a la ley.

Prevaricato por omisión: Por otro lado, se incurrirá en el delito de prevaricato por omisión, cuando por disposición legal o reglamentaria el servidor público deba emitir un pronunciamiento o efectuar un acto característico de sus funciones, pero éste no los realice o los haga fuera del término legal establecido.

Intervención en Política: Este tipo penal solo lo podrán cometer aquellas personas que siendo funcionarios del estado ocupen alguno de los cargos establecidos en el artículo 422 del Código Penal y que haciendo uso de la condición que les ofrece dicho empleo participen en campañas electorales con el objetivo de beneficiar o perjudicar uno u otro candidato.

Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto: Con un criterio residual, la norma plantea que el delito lo integran conductas no contempladas en otros

tipos penales, pero que son efectuadas por el servidor público, injustamente y en extralimitación de sus labores oficiales.

Usurpación de funciones públicas: Como su nombre lo indica, incurrirá en dicha conducta la persona que sin tener la calidad de servidor público realice actividades propias de éste, sin contar con la autorización legal para el efecto.

Abuso de función pública: Se refiere a aquella persona que a pesar de tener la calidad de funcionario público, desarrolla de forma abusiva actividades que no están dentro de la órbita de su competencia legal ni reglamentaria.

-Responsabilidad Disciplinaria: El ejercicio de la función pública supone el respeto de unos principios éticos que deben ser tenidos en cuenta por todo servidor público o por los particulares que ejecutan funciones públicas, a la hora de cumplir las funciones que les han sido confiadas. A pesar de esto, la sujeción a dichos principios no implica que el proceso de responsabilidad disciplinaria sea adelantado teniendo presente conceptos morales o subjetivos, por el contrario, para que se pueda hablar de esta clase de responsabilidad es necesario que el funcionario o particular que ejerce funciones públicas infrinja por acción u omisión la ley y los reglamentos que guían su actuar.

La responsabilidad disciplinaria se encuentra regulada en el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002 y el Estatuto Anticorrupción el cual modifica algunos aspectos contemplados en la ley 734; en dicha normatividad se especifican los órganos encargados de adelantar la acción disciplinaria, los cuales son:

-Las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las diferentes entidades públicas.

-La Procuraduría General de la Nación como órgano principal, por disposición legal tiene la potestad de conocer, solicitar y llevar a cabo preferencialmente procesos que se lleven al interior de las Oficinas de Control Interno Disciplinario.

-El Consejo Superior de la Judicatura el cual investiga las conductas de los funcionarios de la rama judicial del poder público.

Los referidos entes, podrán iniciar una investigación disciplinaria de oficio o a solicitud de un particular, el cual podrá poner en conocimiento a través de una queja una situación que en su parecer puede ser objeto de investigación.

En concordancia con lo anterior, se tiene que será sujeto disciplinable el funcionario público o el particular que en ejercicio de funciones públicas cometa alguna de las faltas establecidas en la ley o incumpla los deberes propios de su cargo, plasmados en la legislación y en los reglamentos. Igualmente, existen diferentes grados de faltas en las que pueden incurrir los sujetos disciplinables, éstas se encuentran discriminadas en faltas gravísimas, graves y leves las cuales

le sirven de sustento al juez disciplinario para adecuar la conducta reprochable a la sanción que presuntamente se interpondrá. En este orden de ideas el legislador dispuso 64 faltas gravísimas en las que los sujetos susceptibles de ser disciplinados pueden llegar a incurrir, estas están dispuestas en el artículo 48 del Código Único Disciplinario, dentro de las que se encuentran entre otras las siguientes:

- Impedir de forma directa o indirecta el desarrollo de investigaciones administrativas que inicien los diferentes órganos estatales, incluidos los de control. Así como la no remisión oportuna de los documentos solicitados por el Congreso de la Republica, en virtud de su facultad de control político.
- Provocar con su omisión el silencio administrativo positivo.
- Coartar la libertad a una persona de forma injusta e ilegal.
- Promover la conformación o consolidación de grupos armados al margen de la ley.
- La violación grave del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, celebrando negocios jurídicos con personas naturales o jurídicas con las que el servidor público tenga relación en virtud de las funciones que éste desempeña.
- Celebrar contratos bajo la figura de la “urgencia manifiesta” sin que exista el lleno de los requisitos que se necesitan para declararla.
- Actuar en contra de los propósitos y finalidades que la ley establece para la realización de funciones en el empleo asignado.

A este tenor, el legislador unifica las faltas graves y leves, las cuales se configuran en las siguientes: “incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, extralimitación de las funciones, o violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la constitución o en la ley.” (Ley 734 de 2002, Artículo 50) La gravedad o levedad de dichas faltas se determinará teniendo en cuenta lo siguiente:

1. El grado de culpa en la comisión de la falta.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. Nivel de alteración del servicio.
4. Nivel de jerarquía del cargo que ostente el servidor.
5. El impacto social de la falta o el daño causado con la misma.

6. El contexto en el cual se cometió la falta, para lo cual se tienen en cuenta criterios de confianza, pericia, naturaleza del cargo y el grado de participación en la falta.
7. Las causas que impulsaron el actuar del funcionario.
8. El grado de participación de otras personas sean públicas o privadas en la comisión de los hechos.
9. Cuando se cometa una falta con culpa grave así calificada, se entenderá como falta grave.

Clases de sanciones:

Existen tres tipos de sanciones a las cuales se puede hacer acreedor el sujeto que resulte condenado responsable en virtud de un proceso disciplinario, éstas varían dependiendo de la calificación de la falta:

-Inhabilidad y Destitución del cargo: Esta aplica para las conductas cometidas con falta gravísima dolosa o efectuadas con culpa gravísima.

-Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial: Se le interpondrá esta sanción a los servidores públicos que cometan faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

-Suspensión: se emplea para las faltas graves con culpa.

-Multa: es la sanción que se impone para las faltas leves dolosas.

-Amonestación escrita: se usa para sancionar las faltas leves culposas.

Régimen de inhabilidades e incompatibilidades

Régimen de Inhabilidades

En primera medida es pertinente aclarar, que la inhabilidad es una restricción establecida en la Constitución y la ley la cual impide que por situaciones particulares atribuibles a una determinada persona, la misma pueda acceder a cargos públicos o contratar con el Estado. De esta forma, los servidores públicos en su condición de tal están sujetos a ciertas prohibiciones en aras de preservar la transparencia y evitar la utilización de criterios subjetivos en la designación de otros funcionarios, así como en el deber de abstenerse de realizar prácticas indebidas en el desempeño de su labor, que puedan obstaculizar directa o indirectamente el normal funcionamiento de la entidad.

Tales impedimentos se plasman en la Constitución Política de Colombia en los artículos 122 y 126, en el primero se contempla una inhabilidad que podría converger en cualquier persona y la cual se genera antes de acceder a un

respectivo cargo público, ésta se constituye como consecuencia de haber estado condenado penalmente por la comisión de delitos a título de dolo o por aquellos delitos cometidos en contra del patrimonio público. El segundo artículo hace referencia a una restricción que opera en doble vía, tanto para la persona que ya está inmersa en la función pública como para aquellas que pretenden acceder a ocupar un respectivo empleo público; en este orden, a los funcionarios del estado les estará prohibido nombrar por sí o por interpuesta persona como servidores públicos a personas con las que tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con los que se tenga vínculo de matrimonio o unión permanente.

Al respecto, es menester aclarar que la norma prohíbe la posibilidad de que una persona en su condición de funcionaria pública, nombre como tal a otra para que a su vez ésta designe a una tercera con la que la primera tiene parentesco en los grados detallados en el artículo en mención. Se exceptúan de lo previsto en la norma, aquellas designaciones que se surten como resultado de la carrera administrativa.

En armonía con lo anterior, es importante especificar los grados de parentesco en los cuales la inhabilidad procede, a saber:

Parentesco de Consanguinidad: Es aquel vínculo que tienen entre sí, aquellas personas que comparten vínculos de sangre o un tronco común. Una persona tiene parentesco de consanguinidad en primer grado, con su madre, padre e hijos, en segundo grado con sus hermanos y abuelos, en tercero con sus tíos y sobrinos, y en cuarto grado con sus primos.

Parentesco por afinidad: En los términos del artículo 47 del Código Civil, es el vínculo existente entre un individuo y los consanguíneos de su esposo o esposa; el grado de parentesco que tenga su cónyuge con sus familiares será el mismo pero a manera de afinidad, del que tenga esa persona con los consanguíneos de su pareja. Ejemplo, una mujer está en primer grado de afinidad con los padres de su esposo y en segundo de afinidad con los hermanos de su esposo.

Parentesco Civil: Es el que se da entre el padre o madre que adopta un hijo y entre los cónyuges entre sí.

Equivalentemente, las inhabilidades sobrevienen como consecuencia de una sanción impuesta dentro de un proceso disciplinario o también pueden surgir en el desarrollo del mismo posteriormente; por tanto, éstas se constituyen en limitaciones en el acceso a la función o a la contratación pública que por regla general se presentan antes y después de la relación con el estado. En esta medida, es adecuado traer a colación el artículo 37 de la ley 734 del 2002 en el que se definen las inhabilidades sobrevinientes como aquellas que acontecen cuando un funcionario es investigado disciplinariamente en ocasión a las labores ejercidas en un determinado cargo, y como consecuencia de las faltas cometidas en el mismo, le es impuesta una sanción de inhabilidad, la cual abarca inclusive aquellas labores ejercidas por él al momento de la finalización

del proceso, pero diferentes a las que fueron objeto de reproche dentro del juicio disciplinario iniciado. Para que dicha inhabilidad se materialice deberá ser comunicada a la actual entidad empleadora.

Por su parte, existen otras inhabilidades que se presentan luego de estar en firme el fallo definitivo que las decreta, estas se encuentran enunciadas en el artículo 38 de la referida ley, así:

1. Estarán incapacitadas para acceder a cargos públicos aquellas personas que habiendo cometido delitos a título de dolo, hayan sido sancionadas por el Estado Colombiano a más de cuatro (4) años de prisión, exceptuando aquellas condenas acaecidas por delitos políticos. Esta restricción tiene una vigencia de 10 años.
2. Aquellas personas que a través de procesos de responsabilidad fiscal, hayan sido penados a restituir un perjuicio patrimonial causando a la nación.
3. Quien se haya hecho acreedor en los últimos cinco (5) años a más de tres (3) sanciones disciplinarias, ya sean por faltas leves dolosas o graves dolosas.
4. Esta cuarta causal integra la suma de varias, en el entendido en que declara inhabilitado a quien a manera general lo esté por haber sido sancionado penal, disciplinaria o profesionalmente. Asimismo, considera inhábiles a quienes se encuentren declarados judicialmente como interdictos.

Además de las mencionadas anteriormente, coexisten otras limitaciones a la hora de celebrar contratos con el Estado. “Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.” (Constitución Política de Colombia, Artículo 127) Estas imposibilidades están desarrolladas con mayor precisión en el Estatuto General de Contratación de la Administración pública, Ley 80 de 1993-artículo 8, numeral 2 inciso b), el cual establece una restricción ya no para los servidores públicos en su condición de tal, sino para los familiares de éstos a causa del cargo que ostenten los primeros. En otras palabras, los familiares ligados hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con un servidor público que tenga un cargo directivo, ejecutivo o que ejerza funciones fiscales o pertenezca a una junta o consejo directivo; no podrán contratar con la entidad pública con la que está vinculado dicho familiar.

Ahora bien, las inhabilidades no dan cabida a la interpretación, esto es, un servidor público o un familiar de aquel estará impedido para desempeñar cargo público o contratar con la nación, cuando la situación objeto de censura esté contenida expresamente dentro de las causales que señala la ley. No obstante, se dan en la realidad situaciones que a pesar de no encuadrarse dentro de las posibilidades que prevé la norma, sí constituyen en la práctica inhabilidades; dichas circunstancias se presentan cuando un servidor público a pesar de no tener ninguno de los cargos mencionados en el artículo 8 de la ley

80 de 1993, puede llegar a incidir y/o beneficiar ya sea en la celebración o adjudicación de un contrato a favor de un familiar (en los grados de parentesco establecidos) o en la designación como servidor público del mismo.

A la postre, es pertinente referirnos al principio de moralidad administrativa consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, el cual es uno de los principios rectores de la función administrativa. Este principio es entendido como el conjunto de premisas y valores éticos aceptados en una sociedad, los cuales deben estar presentes en todas y cada una de las actuaciones de la Administración Pública, como materialización del Estado Social de Derecho y cuyo fin último es la convivencia respetuosa de los miembros del mismo y la protección del interés general. (Al respecto ver fallo 828 de 2005 Tribunal Administrativo de Cundinamarca)

Por lo tanto, y a pesar de que un funcionario no se encuentre inhabilitado explícitamente, si éste determina que su posición puede llegar a favorecer la designación de un familiar, lo más ético sería que se declarara impedido para conocer de esa situación, debido a que es responsabilidad del servidor público comunicar a la respectiva entidad sobre las inhabilidades o incompatibilidades en las que se encuentre incurso, de no hacerlo, el ente público lo retirará de su cargo y se hará acreedor de las sanciones correspondientes. Además, el funcionario tendrá la posibilidad de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 190 de 1995 de acabar con la situación que lo inhabilita o imposibilita, dentro de los tres (3) meses siguientes al hecho que la genera, so pena de ser retirado del cargo que ocupa.

Por otro lado, ninguna persona podrá ostentar más de un empleo público ni devengar del estado más de una partida presupuestal, con excepción de las siguientes causales, plasmadas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992:

-Cuando siendo funcionario del congreso de la república, se desempeñe como profesor universitario.

-Las partidas presupuestales recibidas por personas retiradas o pensionadas de alguna de las instituciones pertenecientes a la Fuerza Pública.

-Cuando en virtud de la sustitución pensional una persona recibe del estado más de una asignación pecuniaria.

-Los honorarios que reciba el ciudadano o el funcionario público cuando ha prestado sus servicios como profesor, en la modalidad hora-cátedra.

-Las asignaciones percibidas por una persona en desarrollo de la prestación de servicios profesionales de salud.

-Cuando una persona devengue honorarios con ocasión a su condición de miembro de juntas directivas. Esta excepción aplica sólo para el evento en que se pertenezca máximo a dos juntas directivas.

Régimen de Incompatibilidades

Se está en presencia de una incompatibilidad, cuando en ocasión a su cargo el servidor público, no puede ejercer actividades opuestas a las ya conferidas.

Al igual que el régimen de inhabilidades, el de incompatibilidades se encuentra descrito someramente en la Ley 734 de 2002, artículo 39, las que a continuación se mencionan aplican para servidores públicos elegidos popularmente, como los son alcaldes, concejales, miembros de las juntas administradoras locales, gobernadores y diputados desde el momento en que son elegidos y hasta que se desprendan de su cargo, estos impedimentos son:

- Intervenir en la defensa jurídica de los procesos en donde se constituyen como parte el órgano al cual se encuentra vinculado, siempre y cuando dicha situación se presente en la jurisdicción en donde ejerce el servidor.

- La imposibilidad de participación por parte del servidor público, en procesos contractuales y/o administrativos donde estén en juego los intereses de la respectiva entidad territorial.

Ahora bien, la citada disposición señala otras incompatibilidades atribuidas a todo servidor público como lo son: La compra de bienes que la entidad (donde labora el servidor público) pretenda rematar en subasta o la intromisión del mismo en dicha subasta.

Concepto y elementos del acto administrativo

Prevalecen varios criterios utilizados por la doctrina y la jurisprudencia que han influido directamente en la conformación del concepto de acto administrativo; por esto, es pertinente hacer alusión a las nociones que estudiosos del tema y juristas han propuesto.

La Corte Constitucional en sentencia (T-945/09), para definir el acto administrativo toma como referente el concepto dado por el doctrinante Eduardo García Enterría en su libro Curso de Derecho Administrativo, la cual enuncia lo siguiente: “El acto administrativo, ha sido definido como ‘La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria’”.

En este orden de ideas, se puede apreciar que la definición que trae la Corte a colación destaca el hecho de que no toda actuación emanada de la administración se configura como acto administrativo propiamente dicho; a contrario sensu tendrán tal calidad aquellos que se emitan intencionalmente en virtud de una potestad administrativa.

Adicionalmente, Libardo Rodríguez (2005) se refiere a los actos administrativos como aquellas “manifestaciones de voluntad de la administración tendentes a

modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos. Por ejemplo, un decreto del presidente de la república, una resolución de un ministro, una ordenanza departamental, un acuerdo municipal.”(p. 235)

Es de anotar, que en la referida enunciación ya no se hace énfasis en la potestad administrativa que tenga el ente que produce el acto, si no en las consecuencias jurídicas que con el mismo se deriven. A su turno, es pertinente aclarar que la doctrina colombiana no es unánime en cuanto a la envergadura de las Ordenanzas como actos administrativos, debido a que el órgano colegiado que las emite se estructura de acuerdo a un criterio descentralizado, como el ente “legislativo” de los Departamentos; por tal razón una minoría afirma que sus actos tienen un matiz más legislativo que administrativo.

Apoyándonos en lo que los autores han esbozado frente a la noción estudiada, se puede definir al acto administrativo como: Toda manifestación unilateral proveniente de la administración, encausada voluntariamente a generar efectos jurídicos para sí o para los ciudadanos.

En lo que atañe a los elementos que componen el acto administrativo, éstos constituyen el conjunto de características esenciales las cuales le imprimen validez y eficacia al mismo. Dichos componentes son:

- La autoridad: tendrán competencia para emitir actos administrativos los funcionarios públicos investidos legítimamente por la entidad a la que pertenecen y a través de los cuales ejercen la voluntad del órgano estatal, dicha manifestación de voluntad para que se entienda legítima deberá estar exenta de vicios.
- La motivación: ésta se refiere a las razones fácticas y legales que previamente debe tener presente la administración, y las cuales le sirven de fundamento al expedir un determinado acto administrativo o a la hora de tomar una decisión. Es menester enunciar la diferencia que existe entre motivación y motivos, entendiéndose la primera como la actitud que adopta la administración frente a los argumentos que se presentan para tomar dicha decisión; argumentos que constituyen el motivo del acto.
- El contenido del acto: Se hace referencia al resultado final obtenido, luego de haberse tenido en cuenta integralmente todos los componentes que conforman el acto administrativo y los cuales constituyen la materialización expresa de la decisión que se toma en el mismo.
- El fin: Con este elemento se busca que los actos administrativos persigan un objetivo claro y específico, éstos deben procurar porque dicha finalidad lleve inmersa directa o indirectamente la defensa del interés general.
- La forma: Son los requisitos y solemnidades dispuestas en la ley que se deben consumir para que se efectúe el nacimiento de un acto administrativo. Al

respecto, vale la pena mencionar que la ley 1437 de 2011 contempla la posibilidad de emitir actos administrativos a través de medios electrónicos, caso en el cual se tendrá que cumplir con lo que ordena la norma para la emisión de los mismos.

Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta para efectos de la materia que aquí se estudia, es lo relacionado con los actos administrativos fictos o presuntos. Estos devienen como consecuencia del silencio administrativo positivo y el silencio administrativo negativo; el primero se traduce en una presunción legal en virtud de la cual cuando un ciudadano eleva una petición ante una autoridad administrativa y ésta no se pronuncia en el término legal de tres (3) meses, se entenderá que la administración ha negado dicha solicitud, es decir, se habrá pronunciado desfavorablemente con respecto a la misma. En efecto, se forma un acto administrativo presunto cuyo contenido es la negación de la petición del ciudadano, el acaecimiento de esta figura no es justificación para que la administración no se pronuncie al respecto de la solicitud, a menos que el peticionario posteriormente hubiere recurrido el acto administrativo negativo presunto, evento en el cual se entiende que la autoridad administrativa no se encuentra en la obligación de resolver el asunto.

Igualmente, esta figura opera para la interposición de recursos, variando el término para dar respuesta por parte de la administración, el cual ya no será de tres (3) meses si no de dos (2) meses contados éstos desde el momento en que se radicó el respectivo recurso.

Por su parte, el silencio administrativo positivo es la excepción a la regla y se configura en el evento en que un ciudadano presenta una petición a la administración sobre alguno de los temas que la ley ha contemplado como excepcionales, y en caso que la solicitud no sea resuelta en el término legal aludido significa que la entidad pública ha accedido a lo solicitado o ha respondido favorablemente. Como consecuencia, se forma el acto administrativo presunto positivo, previa suscripción de una escritura pública en donde el ciudadano bajo la gravedad de juramento deja expresa constancia de no haber recibido respuesta a la petición elevada. Este acto administrativo ficto podrá ser revocado de forma directa, de acuerdo a lo establecido en la ley 1437 de 2011.

Actuaciones que no constituyen actos administrativos:

-Hechos administrativos: Se consideran como tal, todos los sucesos provenientes de la administración que aunque causan una consecuencia jurídica sobre una persona, un bien o sobre sí, no traen inmersa una intención previa de realizarla. En esta instancia, recalamos la importancia de la voluntad como uno de los factores determinantes para establecer cuando se está en presencia de un acto administrativo o no.

-Operaciones administrativas: consideradas como actos de ejecución, se enmarcan en aquellas actuaciones procedentes de la administración que se

presentan como consecuencia de una decisión tomada por ella a través de un acto administrativo. Por tanto, estas operaciones a pesar de constituirse en la materialización de la voluntad del ente público, no son actos administrativos como tal.

-Omisiones Administrativas: Se constituyen cuando existiendo obligaciones en cabeza de la administración, ésta no las ejecuta y por tanto su omisión trae consigo consecuencias jurídicas.

-Vía de hecho: Se configura cuando la administración actúa sin tener la competencia para hacerlo, o estando facultado para ejecutar una determinada actividad, ésta se cumple habiéndose usado medios arbitrarios e ilegales. La jurisprudencia ha sido enfática al manifestar que para que se configure una vía de hecho la violación a la que nos referimos deberá ser manifiesta, ostensible, e injusta.

EJEMPLOS

1. Hecho Administrativo: Las instalaciones del Ministerio del Medio Ambiente comprenden un edificio de 20 pisos, el cual repentinamente por aparente estado de deterioro cae en el predio vecino, generando daños considerables en la estructura de la casa perteneciente al predio, vemos en este caso como sin mediar voluntariedad por parte de la administración en la caída de la edificación, ésta si genera consecuencias jurídicas para el Estado debido a que el edificio es un bien público y por lo tanto se debe responder por las secuelas causadas por la destrucción del mismo.
2. Operaciones Administrativas: El alcalde de la ciudad de Fundación-Magdalena desea que todos los niños de su municipio tengan una educación de primera calidad, para ello a través de una resolución ordena demoler el colegio existente y a través de decreto dispone la realización de uno nuevo, dicho decreto fue materializado y hoy los niños del municipio de Fundación-Magdalena cuentan con los mayores puntajes en las pruebas estatales ICFES
3. Omisiones Administrativas: Pedro manejaba su automóvil por la avenida circunvalar, cuando de repente sobre la parte delantera del mismo cayó un gran árbol de eucalipto, ocasionándole graves perjuicios a su auto, Pedro al indagar con los vecinos del sector sobre lo sucedido, se enteró de que los arboles eran demasiado viejos y por esta razón estaban desprendiéndose de raíz. Apreciamos como el estado a través de las Corporaciones Autónomas Regionales o del Ministerio de Medio Ambiente debió talar los árboles pero no lo hizo, lo que ocasionó pérdidas materiales para la persona afectada.
4. Vías de Hecho: El gobierno nacional desea construir la "Gran Vía" una carretera que unirá la zona norte con la zona centro del país, Joaquín, campesino de la zona tiene un gran cultivo de arroz ubicado en un lugar estratégico por donde pasara la carretera, y un buen día se encuentra con

la gran sorpresa de que su cultivo fue destruido por los obreros de la obra debido a que necesitaban empezar a construir la carretera, situación que deja indignado a Joaquín debido a que nunca fue informado de dicha construcción y al consultar con su abogado se encuentra con que no se siguieron por parte de la administración los tramites y procedimientos legales exigidos para la expropiación de su terreno.

Clases de actos administrativos

Teniendo en cuenta que la administración en aras de satisfacer las necesidades de la comunidad y de llevar a cabo los propósitos que se le han confiado de acuerdo al pacto social y al mandato constitucional, despliega su actuar desde y hacia múltiples sentidos lo que implica que los actos administrativos que usa como instrumentos para el desarrollo de dicha actividad, contienen a su vez diferentes características y se direccionan en una y otra trayectoria dependiendo de las necesidades que con el mismo se persigan. Por lo anterior, a continuación se presentarán las clasificaciones más relevantes en las cuales se enmarcan los actos administrativos, de acuerdo a la doctrina actual.

Teniendo en cuenta los sujetos a afectados, podemos clasificar los actos administrativos en:

Generales

Se les denomina de esta manera, puesto que en el momento en que la administración dirige y manifiesta su voluntad crea extingue o modifica situaciones jurídicas de una colectividad; es decir, dicho acto administrativo va dirigido a un número plural de personas (dos o más) que no están individualizadas ni identificadas pero que si se enmarcan dentro de los supuestos de hecho que trae el acto para que sea aplicable a ellas. La forma de notificación de estos actos se hace a través de medios masivos de comunicación pero no se podrán interponer recursos en contra de los mismos; además, éstos podrán ser revocados sin necesidad de que medie autorización por parte de los afectados. Ejemplo: las ordenanzas expedidas por las asambleas departamentales.

Particulares

En contraposición, tenemos los actos que modifican y regulan situaciones específicas, ya sea de un individuo en particular o de un grupo de personas claramente identificado. Estos actos se notifican generalmente de forma personal y contra los mismos proceden los recursos de ley. Frente a la posibilidad de revocatoria directa del acto que tiene la administración, ésta tendrá que efectuarse con autorización expresa del particular.

Dependiendo de la declaración de voluntad que se emite en el acto, estos se clasifican en;

Unilaterales

Se les denomina de esta forma, debido a que la entidad que los emite lo hace en expresión de la manifestación unilateral y la posición predominante en la que se

encuentra el Estado, la cual está justificada en la defensa de los intereses generales. Por tanto, no se tiene en cuenta para la emisión y ejecución de los mismos la voluntad de los individuos afectados con el acto.

Bilaterales

Para la expedición del acto, convergen la voluntad y el consentimiento tanto de la administración como de los particulares. Esta clasificación incluye los actos emitidos por órganos colegiados y aquellos en donde participan varias entidades públicas.

En relación con lo anterior, es importante aclarar que no se comparte la idea de que existen actos administrativos de carácter bilateral, ya que desde el principio en la definición planteada se mencionó que éstos nacen como manifestación UNILATERAL de la voluntad de la administración, esto es, que el mismo se elabora únicamente con el consentimiento del ente público. En el evento de convergir la voluntad administrativa y la del particular en la creación de una actuación, estaríamos en presencia de un contrato o convenio y no de un acto administrativo como tal. No obstante es innegable la aceptación que tiene la anterior clasificación entre algunos tratadistas, lo que justifica su estudio en la actual lección con el propósito que el estudiante determine autónomamente que posición adopta al respecto.

Teniendo en cuenta la decisión que se toma con el acto,

De Trámite

Éstos no necesitan estar motivados ya que se emiten con el objetivo de surtir un trámite administrativo, a pesar de no decidir ni resolver el fondo del asunto son indispensables para agotar las etapas dentro del proceso administrativo.

Actos definitivos

También llamados actos principales, éstos se pronuncian sobre la esencia del tema a resolver, contienen la decisión final que concluye un determinado procedimiento administrativo.

Desde la perspectiva de la normatividad que regula el acto,

Reglados

Son emitidos en virtud de una disposición normativa que ordena explícitamente a la administración la realización del mismo, toda vez se cumplan el lleno de los requisitos que la ley establece para tomar la decisión ordenada en la misma.

Discrecionales

A pesar que toda actuación administrativa debe sujetarse a la ley, estos actos si bien se emiten teniendo como sustento principal una norma, la administración tiene la potestad discrecional de decidir sobre su emisión o sobre la decisión que con el acto se adopte. Teniendo en cuenta las condiciones en las que se presenta una determinada situación, la entidad pública resuelve sobre la conveniencia o no de emitir un acto administrativo.

Al respecto del contenido del acto, Rodríguez (2005) plantea una clasificación basada en la relación del acto con el servicio público,

Actos de servicio público

Hacen parte de esta clasificación, los actos emitidos con el propósito de regular o cubrir de forma directa o indirecta una necesidad de las que se suplen a través de la prestación de un servicio público.

Actos ajenos al servicio público

Con un criterio residual, Rodríguez (2005) encuadra dentro de esta categoría todos aquellos actos que no tienen como fin la regulación de un servicio público, si no que contemplan funciones públicas pero de otra índole.

Por su parte, considerando la importancia jurídica de los actos administrativos tenemos que existen,

Actos Legislativos

Son aquellos actos emitidos con fuerza de ley, por lo cual revisten una mayor importancia dentro del ordenamiento jurídico; ejemplos los Decretos.

Otros Actos administrativos

Caben en esta clasificación todos los demás actos administrativos que a pesar de no tener fuerza de ley, si revisten el carácter vinculante y la validez jurídica que la norma y la constitución les reconoce.

Teniendo en cuenta los órganos que lo emiten y el lugar donde se ejecutan, los actos administrativos se pueden clasificar de la siguiente manera;

Actos nacionales

En esta categoría quedan incluidos aquellos actos que de acuerdo a la norma están supeditados a ser ejecutados y cumplidos a lo largo y ancho del territorio nacional.

Actos locales

Se predica de aquel acto que debe cumplirse dentro de la jurisdicción en donde la autoridad que lo emitió tiene competencia.

Por su parte, existe una clasificación que hace alusión a los trámites que tienen que surtir los actos para ser emitidos, de este modo se dividen en;

Complejos

Se identifican dentro de los que para ser emitidos, deben surtir una serie de diligencias previas.

Simples

No necesitan más de un trámite para ser emitidos.

Finalmente es menester hacer la salvedad, que estas clasificaciones son las más relevantes pero no las únicas; igualmente un solo acto administrativo puede estar inmerso en varias clases o gozar de una o más características de las esbozadas anteriormente ya que no todas son excluyentes entre sí; por ejemplo un acto administrativo de carácter general, puede ser también un acto complejo y además ser de tipo definitivo.

Validez del acto administrativo

Se entiende que todo acto administrativo está investido de legalidad, esto es, que se presume que ha sido promulgado teniendo en cuenta los elementos que lo componen (la autoridad, la motivación, el fin, el contenido del acto, la forma), por tanto, conservan vida jurídica y validez en tanto no hayan sido declarados nulos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es pertinente elucidar que para hablar de la invalidez de un acto administrativo, los vicios de los que adolece el mismo tuvieron que haber surgido al momento de la expedición del acto como producto de una irregularidad en alguno de los elementos que lo componen.

En primera medida, y considerando lo estipulado en el artículo 87 de la ley 1437 del 18 de enero del 2011, se entiende que un acto administrativo queda en firme, cuando se dan las siguientes circunstancias:

- Cuando por mandato legal el acto no es susceptible de contradicción ante ninguna instancia.
- No haber hecho uso de los recursos de ley, en el tiempo establecido para ello.
- Cuando habiéndose interpuesto alguno de los recursos procedentes, éstos se hayan resueltos y notificado posteriormente a los ciudadanos.
- Cuando la persona interesada renuncia expresamente a la interposición de recursos en contra del acto administrativo que lo afecta.
- Pasado un día luego de haber sido emitida la constancia por parte de la administración acreditando la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

Con relación a lo anterior se tiene entonces que una vez se emita el respectivo acto administrativo por parte de la autoridad que por ley está facultada para hacerlo y éste sea notificado en debida forma a los implicados y a terceros interesados, el acto nace a la vida jurídica y por tanto tendrá que ser materializado y ejecutado por las autoridades competentes en aras que la voluntad de la administración no sea letra muerta. No obstante, el artículo 88 de la ley 1437 de 2011 la cual entrará en vigencia el 2 de julio del 2012, al referirse a la presunción de legalidad que cubre todo acto administrativo luego de quedar en firme, plantea dos situaciones posibles; la primera se refiere a cuando el acto ha sido demandado y a través de la jurisdicción competente se declara la nulidad del mismo y por tanto se desvirtúa la presunción de legalidad que lo cobijaba. Y por otro lado, la mencionada norma contempla un escenario de transición en el sentido en que a pesar de haber sido demandado el acto, no se ha resuelto aún sobre su validez, por lo que todavía se encuentra inmerso dentro de la presunción de legalidad, suspendiéndose sus efectos como medida preventiva.

Por su parte, la ejecutoriedad del acto administrativo hace referencia a la fuerza jurídica con la cual éstos están investidos, por tanto, al momento de nacer a la

vida jurídica los actos cobran validez y deberán ser acatados a cabalidad, a menos que en virtud de una decisión judicial pierdan su fuerza vinculante. De conformidad con lo anterior, las razones bajo las cuales se entienden ineficaces (falta de ejecutoria) los actos administrativos son:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la jurisdicción de lo contencioso.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha ejecutado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia. (Artículo 91, Ley 1437 del 2011)

Finalmente, la norma faculta al sujeto afectado por una decisión inmersa dentro de un acto administrativo, a que denuncie su falta de ejecutoria antes de que la autoridad que emitió el acto lo ejecute, pudiendo esta última decidir dentro de un plazo de quince (15) días sobre la viabilidad de la misma. Este derecho del que gozan los ciudadanos se conoce como excepción de pérdida de ejecutoriedad y el acto que la decide de fondo no admite recursos.

Revocatoria del acto administrativo

En virtud de la supremacía y la potestad de auto tutela inherente a la administración, ésta tiene la facultad de revisar sus actos y además si encuentra merito podrá revocarlos. Lo anterior, implica que el acto administrativo a pesar de gozar de presunción de legalidad en cualquier momento puede salir del mundo jurídico, siempre y cuando se configuren las condiciones descritas en la ley para su procedencia.

La revocatoria de los actos administrativos se encuentra regulada en el nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Ésta procede tanto para actos administrativos de carácter general como particular, siempre y cuando se presenten las siguientes causales:

- Cuando el acto sea ostensiblemente contrario a la carta política o a la ley,
- En el evento en que el acto no se ajuste al bienestar común defendido por el estado o lo contrarié; o
- Cuando sin justa causa se arremeta contra los bienes e integridad de una persona.

Sea del caso mencionar que la figura estudiada podrá ser solicitada por un particular o declarada de oficio. En todo caso, deberá ser la autoridad que emitió el acto o su superior inmediato quienes decidan sobre la solicitud de revocación,

dentro de los dos (2) meses siguientes mediante acto administrativo el cual no es susceptible de recursos.

Frente a los actos administrativos de carácter particular, esta potestad se ve limitada en la medida en que para que proceda deberá ser autorizada de forma expresa y escrita por el sujeto afectado con el acto; a diferencia de los actos administrativos de carácter general los cuales pueden ser revocados por la administración sin necesidad que medie requisito previo para hacerlo. En caso que el órgano público pretenda revocar un acto emitido por él y el particular se abstenga de dar la referida autorización, la entidad pública deberá demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Con fundamento en lo anterior y cuando el acto se hubiere emitido sin observancia de las formas legales establecidas para su expedición, se demandará ante la jurisdicción competente sin necesidad de llevar a cabo el requisito de la conciliación. (Artículo 97, Ley 1437 de 2011)

Por su parte, en Sentencia T-178/10 la Corte Constitucional reitera la posición adoptada en sentencia T-315/96 con relación al objetivo que persigue la restricción legal establecida para la procedencia de la revocatoria directa de actos particulares, de la siguiente manera:

Esta prerrogativa con que cuenta el particular, como lo ha expuesto la Corte a través de sus distintas salas de revisión, tiene como objetivos, entre otros, evitar que la administración, en uso de ciertos poderes y aduciendo una serie de necesidades, desconozca derechos subjetivos cuya modificación o desconocimiento requiere de la anuencia de su titular, pues, sólo él, por la misma naturaleza del derecho, puede renunciarlo. **Si la administración no logra obtener ese consentimiento debe buscar la intervención del aparato jurisdiccional**, que decide si es posible modificar o desconocer los derechos reconocidos al particular. (Negrilla dentro del texto original)

Otro aspecto que debe resaltarse además de los descritos en el texto anteriormente citado, es la garantía a la seguridad jurídica que con la mencionada restricción se busca, es decir, mal haría la administración en cambiar o revocar a su arbitrio decisiones jurídicas que ella misma ha proferido sin tener en cuenta los derechos adquiridos del ciudadano afectado por el acto revocado y la buena fe con base en la cual éste ha desplegado su actuar.

Finalmente, debe tenerse en cuenta el término que se tiene para que opere la revocatoria de cualquier acto administrativo, la ley dispone que ésta se podrá efectuar inclusive antes de haberse dado a conocer el auto admisorio de la demanda en caso de haberse interpuesto la respectiva acción ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (Artículo 95, Ley 1437 de 2011)

PROCESAL ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo

Con la expedición de la ley 1437 del 18 de enero del 2011, se modifican muchos aspectos regulados en el Código Contencioso Administrativo actualmente vigente, por lo anterior, para efectos de la presente lección se estudiará lo dispuesto en la referida ley, ya que será ésta la que finalmente regirá a partir del 2 de julio del 2012.

De igual forma, con el objetivo de brindarle a las personas mayores garantías a la hora de acudir a la administración, la nueva normatividad unifica el procedimiento administrativo en el sentido en que toda actuación se surtirá teniendo en cuenta las mismas etapas, términos, actuaciones, pruebas, audiencias y condiciones de manera uniforme; se apartan de esta regla aquellos procesos para los cuales la ley a proscrito un tratamiento especial.

En virtud de lo anterior, existen una serie de deberes en cabeza de la administración y a favor del ciudadano, entre los cuales se encuentran los siguientes: Dar respuesta oportuna a las peticiones que interpongan las personas ante las respectivas entidades públicas, hacer uso de los medios electrónicos de los cuales dispone la administración para dar a conocer sus actuaciones, brindarle una atención permanente al ciudadano, para lo cual la ley dispone que las entidades deberán proveer espacios de atención al usuario durante un periodo mínimo de ocho horas diarias, ofrecer un trato cortés a toda persona que acuda ante la autoridad administrativa, dar un tratamiento igual a casos semejantes aplicando de forma uniforme la jurisprudencia y las normas pertinentes a cada situación, informar y divulgar a través de medios idóneos todas las actuaciones que se susciten al interior de la administración. Por último, los órganos públicos están en la obligación de aplicar las sentencias de unificación del Consejo de Estado a los procedimientos administrativos las cuales se tratarán posteriormente.

Por su parte los ciudadanos también tienen a su cargo una serie de deberes los cuales se resumen en los siguientes: obligación de dirigirse respetuosamente ante las autoridades administrativas; encuadrar su actuar de acuerdo con la Constitución, la ley y el principio de buena fe de forma tal que no podrán incurrir

en actuaciones fraudulentas que obstruyan el buen desarrollo del proceso administrativo. En caso de infringirse alguno de las obligaciones anteriormente descritas, el infractor se hará acreedor a sanciones de tipo disciplinario, penal o de policía, de acuerdo al artículo 6 de la ley 1437. No obstante, la violación a las prerrogativas mencionadas no es óbice para que la administración no actúe conforme a derecho.

□ *Apertura de una actuación administrativa*

De acuerdo al artículo 4 de la Ley 1437 de 2011, existen diferentes formas de activar el aparato administrativo las cuales se configuran cuando: el ciudadano en ejercicio del derecho de petición acude ante la administración sea éste ejercido en interés general o particular; a través de la acción oficiosa de las autoridades administrativas o cuando se acuda ante una autoridad pública en desarrollo de una obligación o deber legal. Asimismo, toda actuación administrativa podrá llevarse a cabo a través de tres vías, escrita cuando el proceso es iniciado oficiosamente por la autoridad, verbal, o a través de medios electrónicos cuando así lo autorice la ley.

En este orden de ideas es pertinente como primera medida profundizar en el derecho de petición como una de las principales herramientas con las que cuenta el ciudadano para obtener pronunciamientos, resoluciones y en general cualquier tipo de información por parte del Estado.

□ *Derecho de petición*

El derecho de petición como su nombre lo indica, es una prerrogativa de origen constitucional, de carácter gratuito, con la que cuenta toda persona para acudir ante la administración y elevar solicitudes de cualquier índole, a las cuales ésta tendrá que dar oportuna respuesta. Sea del caso anotar, que no se requiere invocar el derecho de petición dentro del escrito ya que por disposición legal se entiende que toda solicitud elevada por una persona tiene el carácter de tal, al igual que tampoco se requerirá la mediación de abogado para el ejercicio del mismo.

La mencionada figura se encuentra regulada en el artículo 23 de la carta política de Colombia al igual que en el actual código contencioso administrativo y en la ley que lo modifica, esta última introduce nuevos sujetos receptores, entidades privadas y personas naturales, es decir, que se podrán elevar consultas tanto a autoridades públicas (y estas entre sí), entes privados y personas naturales frente a las cuales el peticionario se encuentre en una situación de desventaja y subordinación. Estas entidades deberán darle el mismo tratamiento a las peticiones que se les da por parte de las entidades públicas tal como lo contempla el artículo 32 de la ley 1437 inciso segundo.

Formas para presentar un derecho de petición

Se elevara de forma escrita, verbal o a través de medios electrónicos; el ente encargado de resolverla deberá solicitar al peticionario toda información o documento que requiera para decidir de conformidad, en caso de que no se

aporten los documentos solicitados. Cabe aclarar que en caso de que el peticionario persista en interponer su solicitud se le recibirá dejando la respectiva anotación de los documentos faltantes.

Contenido de la petición

Teniendo como base el artículo 16 de la estudiada ley, se tiene que en cualquier solicitud sea de carácter escrito o verbal se tendrán que contener como mínimo la siguiente información: nombre y número de identificación del solicitante, dirección de domicilio en donde se le podrá comunicar la respuesta a su petición o cualquier actuación administrativa en general o dirección electrónica si es su deseo recibir comunicaciones de esta forma, nombre de la entidad a la que va dirigida, los argumentos de hecho en que se basa la petición en aras de que se contextualice a la autoridad y de esta forma se pueda brindar una respuesta más acertada, el objeto de la petición, es decir se debe especificar qué es lo que se requiere le sea suministrado, aclarado o efectuado por parte del ente receptor de la misma.

El trámite del derecho de petición

La legislación administrativa objeto de análisis contempla distintas clases de peticiones, a su vez los términos para resolverlas variaran dependiendo del tipo de solicitud de que se trate. A manera general, las peticiones se resolverán por parte del órgano implicado, en un término no mayor a quince (15) días hábiles contados estos a partir del día siguiente a la entrega de la misma; no obstante, este plazo podrá variar dependiendo del tipo de solicitud de que se trate o se suspenderá en los eventos contemplados en la norma. Así mismo, la autoridad competente deberá resolver la petición de forma oportuna (so pena de incurrir en falta disciplinaria), respetuosa y sin discriminaciones de ningún tipo, dando prioridad a aquellas solicitudes que por su importancia necesiten un tratamiento expedito en aras de evitar el agravio o la violación al derecho fundamental de quien ejerce el derecho de petición. El grado de inminencia lo determinará el órgano receptor, con fundamento en las pruebas que allegue el peticionario.

Radicado el escrito, recibido el mensaje de dato, o comunicado verbalmente la petición, el funcionario solicitará los documentos o requisitos que hubieren faltado proveer en la solicitud, en caso de que éstos no sean indispensables para resolver la petición, la autoridad comunicará tal situación al interesado en un término de diez (10) días para que éste a su vez en un plazo de 30 días allegue la información faltante.

En lo concerniente a la solicitud de documentos el ente competente deberá decidir al respecto en un término de diez (10) días contados estos a partir del día siguiente de la entrega, so pena de que opere el silencio administrativo positivo en favor del ciudadano, lo que traería como consecuencia la obligación de entregar los documentos por parte del receptor de la petición dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término inicial para proferir respuesta. En caso de que a través de petición se soliciten documentos que por ley estén sometidos a reserva, la autoridad competente podrá mediante acto administrativo motivado el cual no es susceptible de recursos, negarla especificando las leyes que puntualmente le brindan el carácter de reservado a

los respectivos documentos. En caso de que el peticionario insista en requerir los documentos sujetos a reserva la autoridad que conozca de la solicitud deberá remitir en el menor tiempo posible la petición al Tribunal Administrativo o al juez administrativo (dependiendo de la entidad que se trate, Artículo 26 ley 1437 de 2011), para que en el término de diez (10) días resuelva sobre el asunto. Estas autoridades jurisdiccionales a su vez estarán facultadas para solicitar copias relacionadas con la petición a resolver o en su defecto podrán pedir al el Consejo de Estado que conozcan de fondo el asunto en razón a la complejidad del caso. De conformidad con el artículo 27 de la referida ley, bajo ningún punto de vista se podrán negar el suministro de documentos o de información que tengan el carácter de reservado a autoridades administrativas o judiciales que en ocasión a sus funciones tengan el deber legal y constitucional de solicitarlos. En todo caso, éstas tendrán el deber de custodiar los documentos y sólo podrán usarlos para los trámites para los cuales están facultados.

Otra circunstancia que se presenta y que puede llegar a variar el plazo que se tiene para resolver una petición, es en el caso en que ésta se radique de forma incompleta, es decir que no se hayan allegado documentos indispensables para decidir de fondo la solicitud, en dado caso el peticionario podrá efectuar la acción o adjuntar los documentos requeridos por el funcionario en un término no mayor a 30 días, vencido éste sin que el interesado hubiere actuado de conformidad con lo requerido, se entenderá que ha renunciado a su solicitud, para lo cual se procederá archivar el caso mediante acto susceptible del recurso de reposición, a menos que por razones de interés general la administración resuelva pronunciarse acerca de la misma. Esta decisión también se podrá tomar cuando la renuncia a la petición ha sido expresa.

Es adecuado especificar, que la renuncia expresa o tácita del peticionario no implica que el mismo u otro ciudadano queden inhabilitados para acudir ante la administración o ante el particular para ejercer su derecho de petición acerca del mismo tema.

Por su parte, la ley brinda un plazo de treinta (30) días para dar respuesta a peticiones relacionadas con temas de estricta competencia de quien reciba la solicitud y uno de diez (10) días para que un órgano público decida sobre una petición ejercida por otra entidad.

En lo que atañe al deber de la administración pública de notificar las decisiones que se profieran en desarrollo del derecho de petición, éstas se efectuarán a través de escrito el cual se remitirá a la dirección que el peticionario haya reportado. En caso que un grupo mayor a diez (10) personas haya solicitado información relacionada con un mismo tema, la autoridad competente a su elección, podrá proyectar una sola respuesta, la que publicará en la página web de la entidad y en un diario de alta circulación. Lo anterior, sin perjuicio de lo que al respecto de las clases de notificaciones se ha establecido en la ley.

□ *Extensión de Jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades*

Es una figura novedosa establecida en el Título V de la ley 1437 de 2011, a través de la cual cualquier persona que se crea inmersa dentro de las misma

situación de hecho y de derecho que otra a la cual le fue reconocido un derecho mediante sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado, podrá solicitar mediante petición motivada a las autoridades, que se le apliquen los efectos de la sentencia de unificación en virtud a que su situación se circunscribe en los mismos supuestos facticos esbozados en la jurisprudencia, previo el lleno de los siguientes requisitos:

1. Que la pretensión judicial no haya caducado.
2. Que se pruebe por parte del interesado que su situación es igual a la de la persona a la cual se le reconoció el derecho a través de sentencia de unificación.
3. Que se invoque explícitamente la sentencia que pretende se le extiendan los efectos.
4. Mencionar las pruebas que pretende hacer valer en caso de ser necesario y anexar aquellas que le sirvan de evidencia para soportar su solicitud.

Trámite de la solicitud ante la autoridad administrativa

La autoridad administrativa encargada de resolver la respectiva petición, tendrá que hacer un arduo análisis de las condiciones de hecho y derecho de cada caso, para lo cual deberá tener presente los argumentos esbozados en la sentencia, la forma en la cual el Consejo de Estado interpretó la normatividad usada, los derechos invocados, las normas presuntamente vulneradas, la “ratio decidendi”, el problema jurídico planteado por el alto tribunal y la tesis usada para resolverlo, y demás fundamentos que le permitan a la administración determinar si las dos situaciones estudiadas merecen un mismo tratamiento. Posteriormente, la administración dentro de un término no mayor a un (1) mes deberá mediante acto administrativo debidamente motivado el cual no admite recursos, decidir si acepta o no la petición de extensión de jurisprudencia. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que el solicitante podrá interponer en caso de ser denegada su petición. (Al respecto revisar Ley 1437, Artículos 102 y 269)

□ *Impedimentos y conflictos de competencia*

Los funcionarios públicos en su condición de tal y en observancia del principio de imparcialidad que debe caracterizar a toda actuación administrativa, están en la obligación de declararse impedidos para conocer de un tema, cuando a pesar de haber sido atribuido legalmente al servidor para su conocimiento en razón a su competencia, éste no puede darle un tratamiento y solución objetiva en razón a que sus intereses directos o indirectos se contraponen con los del asunto o los implicados dentro del procedimiento administrativo. De este modo en caso que la autoridad implicada no se declare impedida voluntariamente, podrá ser recusado teniendo en consideración las causales especificadas en la ley 1437 de 2011, artículo 11, pero el funcionario recusado contará con un término de cinco (5) días para aceptarla o no.

Una vez percatado el servidor de su impedimento a éste le corresponderá comunicarlo y detallar las razones que ocasionan su proceder, a su superior jerárquico, en caso no tener superior, deberá remitirlo en los términos del artículo 12 a la “cabeza del respectivo sector administrativo” o en su defecto a la Procuraduría General de la Nación. El servidor contara con un término máximo de tres (3) días para remitir la solicitud a las autoridades descritas anteriormente, ésta a su vez contara con un plazo de diez (10) días para decidir si concede o no la declaración de impedimento.

Ahora bien, cuando una persona interponga una petición y la autoridad receptora no sea la competente para resolverla, ésta comunicará tal situación al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la misma y a su vez la enviará al órgano competente para decidirla, el cual contará para el efecto con los quince (15) días reglamentarios contabilizados éstos desde el momento en que se recibió la solicitud por parte de la autoridad competente. En caso de que la nueva autoridad también declare su falta de competencia, el caso deberá ser remitido a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado si se tratare de entidades territoriales de distintos departamentos o de autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo de la jurisdicción que corresponda, si el conflicto involucra entidades del orden distrital, departamental o municipal. En todo caso, el conflicto de competencia se dirimirá en un término de veinte (20) días contados desde el vencimiento de los cinco días que se tienen para que tanto las autoridades y los implicados presenten alegatos finales. Este procedimiento será el aplicable para cuando se esté en presencia de un conflicto de competencias de carácter positivo; lo anterior de acuerdo a lo descrito en el artículo 39 de la ley 1437 de 2011.

□ *Notificaciones dentro del procedimiento administrativo*

La ley 437 de 2011 no hizo ningún cambio al respecto de los tradicionales tipos de notificación instauradas en el actual Código Contencioso Administrativo. La novedad radica en la notificación de actos administrativos por medios electrónicos la cual se desarrollará en el presente acápite con observancia de lo dispuesto en la ley 527 de 1999 la cual le brinda un tratamiento integral a los mensajes de datos, las firmas digitales y les otorga la validez legal y probatoria que éstos tienen en las relaciones civiles y comerciales entre los particulares, así como los efectos jurídicos que éstos otorgan en las relaciones entre el iniciador y el destinatario.

En lo que atañe a las notificaciones de actos administrativos de carácter general, éstas se deben surtir a través de la publicación de los mismos en medios de comunicación de alta circulación y en los espacios previstos en las diferentes entidades para promulgación de actos administrativos como lo son, la página web y los tableros en instalaciones de las entidades que sirven como medio de difusión de actividades internas.

Por otro lado, para los actos administrativos de carácter particular se prevé la notificación personal, para la cual durante los cinco (5) días siguientes a la emisión del acto administrativo, se envía una citación a la última dirección de residencia y/o de correo electrónico registrada del particular afectado favorable

o desfavorablemente con la decisión, en donde se le cita para que comparezca personalmente o a través de apoderado a las instalaciones de la respectiva entidad a notificarse del acto administrativo emitido. En caso de no tenerse información acerca de ninguno de los datos descritos, la entidad procederá a publicar la citación en la página web del órgano público en los términos de la Ley 1437 de 2011, Artículo 68. A manera general los actos que finalizan una actuación administrativa deberán ser notificados de forma personal.

Una vez el interesado acuda a notificarse, se procederá a levantar un acta de diligencia de notificación personal en donde se dejará constancia de haberse entregado copia del acto a notificar, mención de los recursos que por ley proceden, la autoridad ante la cual se deben interponer y los plazos para hacerlo.

La ley prevé dos caminos alternos al ya planteado para que se surta la notificación personal, a saber: en estrados, ésta se lleva a cabo cuando en desarrollo de una audiencia en donde se encuentra presente el particular afectado con el acto, se le comunica verbalmente la decisión adoptada. Los términos para la interposición de recursos se contarán a partir del día siguiente a la celebración de la audiencia donde se llevó a cabo la notificación; a través de medios electrónicos, la cual se surtirá única y exclusivamente si el particular ha autorizado previamente el uso de este medio para ser notificado. Se aprecia como en la nueva normatividad se plasma la intención del legislador de implementar dentro de la misma las nuevas tecnologías que permitan brindar mayor celeridad y eficacia al proceso administrativo, así como mayor transparencia. (Al respecto ver Capítulo Cuarto “utilización de medios electrónicos en el Procedimiento Administrativo” Ley 1437 de 2011)

Frente a este punto cabe aclarar que de la lectura del artículo 54 y 56 de la ley 1437, se infiere la posibilidad de que el ciudadano acuda ante la administración a través de medios electrónicos, para lo cual se contará con una base de datos en donde los administrados podrán registrarse, una vez éstos se registren, se entenderá que éstos han aceptado recibir comunicaciones y/o notificaciones a través de este medio. Sin embargo, dentro del artículo 56 el cual contempla la notificación de forma electrónica siempre y cuando la persona acepte dicho medio de notificación, no se establecen otras posibilidades con respecto a cuándo se entendería que el administrado ha aceptado ser notificado electrónicamente. En esta medida, la norma sólo presume que el administrado ha aceptado la notificación electrónica, cuando se ha inscrito en la base de datos de la respectiva entidad o cuando ha iniciado una petición a través de medios electrónicos, pero no se dice nada más. Entonces, se concluye que cuando el interesado no se encuentra inmerso dentro de ninguna de esas dos posibilidades, se le estaría eventualmente negando tácitamente la posibilidad de la notificación electrónica.

Planteado lo anterior, se tiene que efectuada la notificación electrónica, ésta se entenderá surtida al momento en que el destinatario acceda al mensaje de dato que contiene el respectivo acto administrativo. En virtud de lo anterior, es pertinente citar lo siguiente:

ARTICULO 21. PRESUNCIÓN DE RECEPCIÓN DE UN MENSAJE DE DATOS. Cuando el iniciador recepcione acuse recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos. Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido. Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recepcionado cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así. (Ley 527 de 1999, Artículo 21)

En relación con lo anterior, tenemos la notificación por aviso como subsidiaria a la personal, es decir, se procederá a efectuarla en caso de que el particular no hubiere comparecido a notificarse personalmente. Para efectuarla será necesario enviar a través de correo físico a la dirección de domicilio o de correo electrónico del interesado o en la página web de la entidad que lo emite en caso que se ignore las datos mencionados, un escrito de aviso en donde se detallarán los datos del proceso administrativo, fecha del acto a notificar, la entidad que lo emite y toda aquella información relevante a conocer por parte del particular. Anexo al aviso deberá incorporarse copia simple del acto que se pretende notificar. La mencionada notificación se entenderá surtida al final del día siguiente en que se retira el aviso el cual se publicará durante cinco (5) días.

A su vez la notificación por conducta concluyente, hace alusión a aquella que se constituye a pesar de no haberse comunicado directamente la decisión a través de los demás medios de notificación, el ciudadano a notificar demuestra por un medio idóneo conocer la decisión tomada por la administración.

Por su parte, cuando en virtud de una formalidad en el desarrollo de un procedimiento administrativo o en el reconocimiento de un derecho de una persona, la autoridad deba emitir actos de inscripción o registro, éstos se concebirán notificados al titular del derecho desde el día en que se inscriba o se consigne la respectiva anotación y a terceros interesados, cuando se publique la medida en un medio de alta circulación durante los cinco (5) días siguientes a la respectiva inscripción.

Otro punto a mencionar, es la obligación que tiene toda entidad de publicar de notificar ya sea en las direcciones cuando se trata de personas determinadas o en su defecto a través de medios de alta circulación cuando no estén plenamente identificados los terceros, las actuaciones a terceros que puedan llegar a estar interesados o afectados con las decisiones adoptadas por la administración.

□ *Trámite de Audiencias y Pruebas en el Procedimiento Administrativo*

En primera medida, se puede afirmar que las audiencias son espacios que proporciona la administración dentro de un procedimiento administrativo, para que en éstas se surtan algunas etapas del mismo, las cuales permiten que las decisiones se adopten con mayor transparencia y que haya una mayor participación de los implicados y de los terceros dentro del proceso. En todo caso, éstos últimos podrán intervenir en el desarrollo del procedimiento siempre y cuando se pruebe dentro de la solicitud presentada, que el mismo los afecta; igualmente, podrán hacerlo cuando el tercero actúa como denunciante o

quejosos cuando se habla de procesos sancionatorios, y de igual forma cuando el procedimiento es de interés general. A este tenor, las autoridades públicas tendrán la obligación de celebrar audiencias públicas o consultas previas antes de proferir acto administrativo definitivo, en los casos en que la ley expresamente lo ordena.

En lo referente a la etapa probatoria, la administración podrá en cualquier instancia del proceso y a través de auto que no admite recursos decretar la práctica de pruebas oportunas, conducentes y pertinentes que se estimen necesarias con el fin de esclarecer los hechos del caso y tomar una decisión justa y acertada. Los implicados tendrán la oportunidad de controvertir las pruebas decretadas hasta tanto no se haya proferido decisión definitiva. (Ley 1437, Artículo 40) Igualmente, en el trámite de los recursos y en caso de ser procedentes tanto las autoridades administrativas encargadas de resolverlos estarán habilitadas para decretarlas estipulando un plazo máximo de treinta (30) días para que se practiquen, también el recurrente podrá dentro del escrito en donde se plasma el recurso, mencionar las pruebas que pretenda hacer valer y solicitar aquellas que estime pertinente se practiquen para esclarecer los hechos objeto de examen.

□ *Recursos que proceden contra los Actos Administrativos*

Antes de adentrarnos en el estudio de los recursos que por ley proceden contra los actos administrativos, es menester aclarar que por regla general los actos de trámite así como aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de una colectividad no son susceptibles de recursos a menos que la ley disponga lo contrario.

Reposición: Es una garantía legal que le permite al ciudadano solicitar ante la misma autoridad que profirió el acto administrativo que lo afecta, la aclaración, corrección, adición o revocatoria de la decisión adoptada. Este recurso deberá ser interpuesto de forma escrita o a través de medios electrónicos en un plazo no mayor a diez (10) días, contados éstos a partir de la notificación del acto administrativo objeto de debate. Por su lado, para aquellos actos producto del silencio administrativo se podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento siempre y cuando no se haya hecho uso de las acciones judiciales del caso, esto en virtud de lo establecido en el artículo 76 de la mencionada ley.

Apelación: Es un derecho que tiene el ciudadano para solicitar ante el superior jerárquico de la autoridad que profirió el acto, que revise el mismo, para lo cual podrá solicitar se aclare, se corrija, se adicione o se revoque el pronunciamiento administrativo. Los actos administrativos proferidos por funcionarios públicos que no tengan superior jerárquico por ser éstos la cabeza de la entidad, no serán susceptibles de apelación. Este recurso se deberá radicar ante el mismo funcionario que profirió el acto administrativo, y se podrá interponer directamente o de forma subsidiaria en caso que habiéndose interpuesto recurso de reposición éste no este llamado a prosperar; los términos para hacer uso de esta garantía procesal son los mismos descritos para el recurso de reposición.

Queja: Estará facultado para interponer el recurso de queja, aquellas personas a las que se les ha negado la apelación, éste “(...) es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.” (Ley 1437 de 2011, Artículo 74)

Los recursos se deberán presentar con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 77 de la ley 1437, so pena de ser rechazados por improcedentes.

□ Procedimiento Administrativo de Cobro Coactivo

La jurisdicción coactiva se desarrolla como consecuencia de la prerrogativa exorbitante con la que cuenta la administración pública para hacer efectivas las acreencias a su favor, sin necesidad que medie intervención judicial. Es decir, en aras de recuperar de forma rápida y eficaz los dineros adeudados a la nación, la constitución y la ley han otorgado a las entidades públicas la posibilidad de actuar como juez y parte dentro de los procesos de cobro, los cuales serán iniciados teniendo como base de recaudo los títulos ejecutivos debidamente constituidos a favor de la nación y previa la expedición de resoluciones y manuales en donde la entidad plasme el procedimiento a seguir en los referidos procesos, teniendo en cuenta para el efecto lo dispuesto en la ley 1066 de 2006 y su decreto reglamentario, el Estatuto Tributario, El Código Contencioso Administrativo. Para lo no dispuesto en las normas anteriores se deberá tener en cuenta el Código de Procedimiento Civil.

Vía Gubernativa

Antes de adentrarnos al tema de fondo, es pertinente aclarar que lo que a continuación se estudiará ya se trató a grandes rasgos en la lección 5 del Capítulo III “El Acto Administrativo”, pero teniendo como base la ley 1437 de 2011, a contrario sensu la presente lección hará referencia a temas similares pero vistos bajo la óptica del Actual Código Contencioso Administrativo. Lo anterior, en aras de brindarle al estudiante una perspectiva extensa de la normatividad, teniendo en cuenta el cambio legislativo descrito en la introducción de la presente Unidad.

La Vía Gubernativa puede definirse como el mecanismo que la brinda la Ley a los particulares que acuden a la administración para solicitar la revisión de las decisiones que ésta ha adoptado en relación con una solicitud, trámite o petición que ha efectuado, cuya respuesta no satisface los intereses del particular. Esta facultad no es una acción contenciosa, es decir se interpone ante la misma entidad pública que decidió el asunto, pero la presentación o agotamiento de esta vía si es prerequisite para acudir ante el juez para que revise tal decisión.

Esta figura también puede ser vista como la oportunidad contenida en las normas legales vigentes, para que las entidades estatales puedan revisar o ratificar sus decisiones, a la luz de los argumentos presentados por el particular,

lo cual le puede evitar un proceso contencioso, precaver un posible perjuicio para el patrimonio público o confirmar los argumentos que sustentan su decisión, más adelante con la presentación de un ejemplo se puede explicar mejor este concepto.

El actual Código Contencioso Administrativo, Decreto Ley 01 de 1984, establece el procedimiento que se debe seguir cuando se realice una petición, solicitud o trámite ante las entidades que integran la administración pública, las cuales resuelven dichas peticiones a través de la expedición de actos administrativos que expresan la decisión de la administración sobre lo solicitado. Estos actos administrativos emitidos pueden ser controvertidos ante la misma entidad por los particulares que se consideren afectados por la decisión de la administración, a través del ejercicio de unos recursos que se analizarán a continuación y que pueden variar la determinación tomada inicialmente por la entidad pública que expidió dicho acto, estos recursos y el procedimiento que se debe surtir en este caso, es lo que se ha denominado como vía gubernativa.

El Código Contencioso señala en primer término que los recursos fijados para la vía gubernativa no son aplicables para las decisiones de carácter general, las de trámite, las que tienen la característica de preparatorias o las de ejecución, salvo que la ley así lo autorice expresamente, es decir solamente pueden ser presentados contra actos de carácter particular y concreto. Para ilustrar esta restricción se presentan las siguientes situaciones:

- Una entidad pública encargada del cuidado y protección del ambiente en un municipio, expide un acto administrativo en el cual fija el procedimiento que deben seguir todas las personas que quieran talar árboles dentro del perímetro municipal. Este acto administrativo no es objeto de recurso ante la misma entidad, en razón a que es una disposición general que involucra a todos los ciudadanos y no está dirigido a una persona en particular, por lo cual la acción que debe seguir cualquier persona que pueda considerarse afectado con dicho acto, es la demanda ante el juez administrativo de la respectiva jurisdicción.
- Respecto a la improcedencia de los recursos en contra de actos de trámite, tenemos por ejemplo que una persona presenta una solicitud ante una entidad pública para que le sea reconocido su derecho a la pensión, la entidad para comunicar su decisión al peticionario expide una carta en la cual le manifiesta que debe presentarse en un término de cinco (5) días después del recibo de la misma, para que se notifique del respectivo acto de decide sobre la solicitud de pensión, contra la carta emitida por la entidad no procede recurso alguno, en la medida en que en ella no se está definiendo la solicitud de pensión y hace parte de los actos de trámite que expide la administración en un determinado proceso.

Por su lado, los recursos de la vía gubernativa son:

1. Recurso de Reposición
2. Recurso de Apelación

3. Recurso de Queja

Recurso de Reposición: Es la solicitud que se realiza ante el mismo funcionario de la entidad que emitió la decisión con la cual no se está de acuerdo, para que modifique, revoque o aclare la determinación tomada.

Las solicitudes que se pueden realizar en el recurso, como se desprende de la lectura de la norma, son diferentes, un primer caso es cuando el peticionario no está de acuerdo en la totalidad de la decisión por lo que la solicitud estará encaminada a que se revoque el acto administrativo, no obstante, si está parcialmente de acuerdo en cuyo caso la petición es de modificar. Es importante destacar que las entidades al decidir sobre lo solicitado deben ser congruentes, ya que si el que presenta el recurso solicita la modificación parcial de la decisión, la entidad no puede revocar en su totalidad el acto y en caso de que lo hiciera, nuevamente debe conceder los recursos que agotan la vía gubernativa ya que se trata de un acto administrativo nuevo, diferente al recurrido por el peticionario.

La vía gubernativa tiene inicio, como procedimiento, en la notificación del acto administrativo, ya que es a partir de este momento que el particular tiene un término de cinco (5) días hábiles para presentar los recursos que considera pertinentes en contra del acto que le ha sido notificado.

Recurso de Apelación: este recurso se presenta con los mismos fines del recurso de reposición, es decir que se modifique, revoque o aclare una decisión de la administración, pero se presenta ante el funcionario superior de quien emitió el acto recurrido. El Código Contencioso Administrativo señala que el recurso de apelación puede presentarse solo o como subsidiario del de reposición, en este último caso así debe señalarse en el escrito de presentación del recurso. Esto quiere decir que un particular al cual se le ha notificado de una decisión que le afecta puede presentar el recurso de reposición y en subsidio de apelación, en este evento el funcionario que emitió el acto debe pronunciarse sobre la solicitud realizada y en caso de que confirme su decisión, debe dar traslado a su superior para que resuelva el recurso de apelación que se presentó como subsidiario.

En el mismo caso, el peticionario puede presentar solamente el recurso de apelación el cual debe ser decidido por el funcionario superior de quien ha emitido el acto, en ambos casos, el recurso de apelación debe ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación que se recurre.

Recurso de queja: Este recurso se presenta en caso de que se rechace el recurso de apelación, ante el inmediato superior de quien expidió el acto administrativo que rechaza el recurso. Se aclara que el recurso de queja no es contra del acto administrativo que decide sobre el recurso de apelación, sino que una vez se presenta el recurso de apelación, el funcionario competente determina si lo concede o no, es decir, si se va a pronunciar sobre los argumentos que presenta en recurrente, caso en el cual admite el recurso de apelación. Pero en caso de que el funcionario que recibe el recurso de apelación determina no aceptar revisar los argumentos del recurso, bien sea porque considera que se presentó

extemporáneamente o no se cumplió con alguno de los requisitos fijados en la Ley (presentación personal) rechaza el recurso de apelación, es en este evento en el que procede el recurso de queja.

El recurso de queja nos lleva a analizar los requisitos fijados por la Ley para la procedencia de los recursos:

1. Deben interponerse dentro del plazo establecido en la Ley, es decir en los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del acto recurrido.
2. La presentación del recurso debe hacerse personalmente por quien es el afectado por la decisión de la administración o por un apoderado o representante debidamente acreditado para el efecto.
3. El escrito del recurso debe señalar claramente los motivos por los cuales considera que la decisión de la administración no es acertada.
4. En caso de que se trate del pago de una obligación y no estuviere de acuerdo con el monto, debe acreditar el pago de lo que considera debe.
5. Al recurso debe allegarse o adjuntarse las pruebas que se pretende hacer valer, o solicitar la práctica de las mismas, de tal manera que el funcionario que decida pueda decretarlas.
6. Indicar el nombre y la dirección o forma en que puede notificarse al recurrente.

Como se mencionaba anteriormente, una vez recibido el recurso, el funcionario competente debe decidir sobre su admisión o no, en caso de que el recurso sea admitido para su análisis, hay suspensión del acto administrativo recurrido, quiere ello decir que mientras se decide de fondo el recurso no hay lugar a aplicar sus efectos. Por ejemplo, una persona presenta un recurso de un acto administrativo que le obliga a derribar parte de su inmueble porque según menciona la administración en su determinación, se ha invadido el espacio público al construir por encima de lo autorizado. Si la administración admite el recurso, el particular no está en la obligación de cumplir lo ordenado, derribar parte de la construcción, hasta tanto se defina el recurso interpuesto.

Los recursos de reposición y apelación deben ser resueltos de plano, pero en caso de que se haya solicitado la práctica de pruebas por parte del recurrente, se debe agotar esta etapa. Si los recursos no son decididos por parte de la administración dentro del término de dos (2) meses siguientes a su presentación, se entiende que la decisión es negativa, esta situación es denominada en derecho administrativo como silencio administrativo negativo. La Ley contempla algunos casos en que el silencio de la administración ante una solicitud es positiva, éstas casuales son restrictivas dentro de las más frecuentes se encuentran las relativas a impuestos, las solicitudes que presenten los contratistas del Estado, entre otras.

Se destaca que a través de la vía gubernativa no es procedente solicitar o conceder, indemnizaciones por perjuicios que haya podido ocasionar una entidad pública con cualquiera de sus actuaciones, en ese caso los particulares que estimen que tienen derecho a que le sean pagados perjuicios por los hechos o actuaciones de la administración, deben acudir ante el juez administrativo quien es el llamado a decidir sobre esta solicitud, ya que él puede determinar y valorar las razones, pruebas y argumentos que se presenten para sustentar una solicitud como esa.

Agotada la vía gubernativa, el Código Contencioso determina que hay firmeza del acto administrativo, señala expresamente el artículo 62 del referido código:

“ARTICULO 62. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.
2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.
3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.
4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.”

Una vez quedan en firme los actos administrativos se habla de la ejecutoria, la cual está referida a la potestad de la administración de hacer cumplir su decisión, aún en contra de la voluntad de los interesados, en el último caso planteado, la administración puede obligar al particular a derribar la construcción que ha invadido el espacio público.

Definición, Funciones y Estructura

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo nació como consecuencia de la necesidad que se tenía que un juez autónomo al tradicional, fuera el encargado de dirimir las contiendas surgidas en virtud de las relaciones en donde el Estado era parte, ya que como es apenas lógico no podían los jueces civiles, comerciales, laborales entre otros, fallar casos administrativos de acuerdo a su jurisdicción y a las normas que rigen esas materias. El derecho administrativo requería entonces, una jurisdicción especial que fuera consecuente con las necesidades y las particularidades que caracterizan las relaciones en las que el Estado tiene participación.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hace parte de la rama judicial del poder público y como su nombre lo indica es aquella encargada de resolver los conflictos jurídicos que se generan cuando una de las partes tiene la calidad de órgano público y teniendo dicha naturaleza, la controversia sea susceptible de ser conocida por la referida jurisdicción.

De esta forma y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 104 de la ley 1437 de 2011 la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de los litigios suscitados en operaciones, hechos, actos, contratos y omisiones en donde los entes públicos o particulares que ejercen funciones públicas son parte; específicamente tendrá conocimiento de los consiguientes pleitos:

- Las controversias originadas en contratos en donde sea parte un órgano público o un particular en ejercicio de funciones públicas.
- Sobre aquellos contratos en donde se hayan pactado o se hayan debido incluir cláusulas exorbitantes celebrados por una entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios.
- Las contiendas que se ocasionen como consecuencia de llevarse a cabo actos de carácter político o de gobierno.
- Esta jurisdicción conocerá de aquellos recursos extraordinarios de los que sean susceptibles las decisiones de laudos arbitrales, que decidan sobre los litigios contractuales en los que un órgano público o un particular haya estado implicado.
- Los relacionados con la responsabilidad extracontractual de los órganos estatales.
- De los procesos ejecutivos los cuales tengan como base de recaudo un título proveniente de condenas y sentencias emitidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como de las conciliaciones ratificadas por la misma jurisdicción.
- Los procesos que tengan ocasión por diferencias presentadas entre los entes públicos y sus funcionarios en virtud de su relación legal y reglamentaria, así como también sobre las contiendas que se puedan producir en razón a la seguridad social de los servidores del Estado siempre y cuando ésta sea gestionada por una entidad pública. (Artículo 104 Ley 1437 de 2011)

A contrario sensu, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no será competente para pronunciarse acerca de los siguientes procesos:

- No conocerá sobre decisiones que siendo emitidas por la administración éstas se expidan en virtud de una función jurisdiccional, es decir las mismas no tienen el carácter de actos administrativos si no que se asemejan a sentencias judiciales. Lo anterior, no es óbice para que los jueces administrativos no conozcan acerca de los recursos que proceden sobre los referidos pronunciamientos que sean de su competencia.
- Aquellos litigios entre la administración y sus trabajadores oficiales que versen sobre temas laborales.

- Los asuntos concernientes a contratos celebrados por entidades públicas que tengan naturaleza financiera, cuando éstos constituyan la actividad principal desempeñada por las entidades implicadas y la responsabilidad extracontractual que se derive del incumplimiento de dichos contratos.
- Los atinentes a fallos emitidos en desarrollo de juicios de policía frente a los cuales la ley ha provisto un procedimiento especial.

En lo que concierne a la estructura de la Jurisdicción objeto de estudio, ésta está compuesta por:

1. El Consejo de Estado, el cual es el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y primero en importancia ya que es el órgano de cierre en el cual se resuelven las últimas instancias de los casos que por su competencia llegue a conocer, también le está atribuida la función consejera para las consultas emitidas por el Gobierno Nacional. Este cuerpo colegiado desempeña las labores para las cuales fue creado a través de 5 salas: la Sala Plena la cual está compuesta por la totalidad de los consejeros de estado, la sala de Consulta y Servicio Civil, la cual está integrada por cuatro (4) consejeros y la sala de lo Contencioso Administrativo la cual se completa con veintisiete (27) magistrados, para un total de treinta y un (31) magistrados dentro del Consejo de Estado. Adicionalmente la ley 1437 de 2011 en su artículo 107 ordena la integración de salas Especiales de Decisión, las cuales funcionan con cuatro (4) magistrados, y la sala de Gobierno la cual está integrada por el presidente y el vicepresidente del Consejo de Estado y por los presidentes de la Sala de Consulta y Servicio Civil y de las secciones de la sala de lo Contencioso Administrativo. Las funciones y asuntos sujetos a la competencia de cada una de las salas están regulados en los artículos 109, 149 y siguientes de la mencionada ley.
2. En siguiente orden de importancia siguen los Tribunales Administrativos, los cuales están compuestos por no menos de tres (3) magistrados, la composición en número de los Tribunales estará a cargo del Consejo Superior de la Judicatura, éstos se organizan en sala Plena, sala de Gobierno, salas Especializadas y por el resto de salas de decisión plurales e impares que la ley determine. Están llamados a desempeñar aquellas funciones o conocer de aquellos procesos que la ley disponga para cada Distrito Judicial Administrativo. Las materias objeto de su competencia se encuentran establecidas en los artículos 151, 152 y 153 de la ley 1437.
3. Por su parte, los jueces administrativos también son establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura dependiendo lo determinado por la ley para cada circuito o municipio, las materias de las cuales estos conocen están descritas en los artículos 154 y 155 de la referida ley.

Acciones

En la presente lección se establecerán aquellas acciones que los ciudadanos pueden interponer ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como también las que dicha jurisdicción emprende de oficio en virtud de la ley. Lo anterior, teniendo en cuenta lo establecido en el actual Código Contencioso Administrativo y en la ley 1437 de 2011 la cual entrará en vigencia en julio del 2012.

Acción de nulidad: (La ley 1437, Artículo 137 no introdujo cambios sustanciales al artículo 84 del actual Código Contencioso Administrativo)

Cualquier persona que considere que un acto administrativo de carácter general se ha expedido de forma irregular sin cumplimiento de los requisitos necesarios para su emisión, podrá solicitar por sí o a través de apoderado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la nulidad del mismo, incluyendo aquellos actos de certificación, registro y circulares de servicio. Teniendo presente los siguientes aspectos:

- Que se haya proferido por una autoridad que no gozaba de competencia para hacerlo.
- Que no se haya respetado el derecho de audiencia y defensa.
- Que el acto se haya emitido con falsa motivación.
- Cuando el acto haya violado las disposiciones que lo fundamentan.
- Cuando se haya emitido con irregularidades.
- En el evento en que con el acto se desvíen las facultades atribuidas a la autoridad que lo emitió.

Con relación a la declaratoria de nulidad para actos administrativos de tipo particular, la ley 1437 establece que ésta será procedente únicamente en los siguientes casos:

- En el caso en que la ley disponga expresamente que se dé la nulidad.
- Cuando con la nulidad del acto particular no se pretenda por parte del actor el resarcimiento de ningún derecho particular ya sea en provecho de quien demanda o a favor de un tercero; sino que tan sólo se busque con la acción que se saque del orden jurídico el acto por estar viciado de nulidad. Frente a esta causal, cabe aclarar que es muy difícil probatoriamente hablando establecer cuando un demandante obra con interés subjetivo o no, es más, puede darse la situación en que a pesar de no estar motivado por un interés particular, éste se vea directamente beneficiado con la declaratoria de nulidad del acto particular.
- Cuando el acto administrativo ocasione consecuencias adversas para el orden público, social, ecológico, político, económico y social.
- Que con la acción de nulidad se busque la recuperación de bienes de uso público.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho: (Código Contencioso Administrativo y ley 1437 de 2011)

Con esta acción se busca que cualquier persona pueda demandar por si o a través de apoderado, la nulidad de un acto administrativo particular expreso o

presunto con el cual se le hayan producido perjuicios y además solicitar la reparación del daño y las indemnizaciones a que hubiere lugar. Las causales para demandar la nulidad en la presente acción serán las mismas señaladas para la acción de nulidad. Asimismo, se podrá ejercer esta acción por quien se cree perjudicado por un acto administrativo de carácter general, siempre y cuando la acción se presente durante los cuatro (4) meses posteriores a la publicación del acto general.

El actual Código Contencioso Administrativo en su artículo 85, plantea que se podrá ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para aquellos actos que plasman una obligación fiscal o cuando quien ejerce la acción solicita el reintegro de una suma de dinero pagada por error.

Acción de Reparación Directa: (Código Contencioso Administrativo actual, Artículo 86 y ley 1437 de 2011, Artículo 140)

Con esta acción se busca que el estado responda, repare y resarza los daños antijurídicos y perjuicios producidos a un particular o a una entidad pública cuando en ejercicio de su actuar los hubiere causado ya sea por acción, omisión, a través de una operación administrativa o por cualquier otra causa atribuida al Estado o a su agentes. Bajo este entendido, las entidades públicas también pueden hacer uso de dicha acción en contra de particulares o de otras entidades públicas cuando se den los supuestos descritos. En caso de haberse causado el daño por parte de un particular y por una entidad estatal, se podrán demandar a ambas y el juez contencioso deberá determinar el grado de responsabilidad de cada parte dentro de la comisión de los hechos.

Nulidad Electoral: (Artículo 139 Ley 1437 de 2011)

Esta es una acción que se ejerce exclusivamente para los actos administrativos que se emiten como consecuencia de la acción electoral y los de nombramiento. Cualquier persona que tenga conocimiento sobre irregularidades acaecidas en elecciones por voto popular, en actos de nombramiento o aquellos a través de los cuales se hacen llamamientos para suplir vacantes en corporaciones públicas, podrá solicitar la nulidad de dichos actos, junto con la de aquellos que emiten la elección cuando de vicios en elecciones populares se trata, especificando las irregularidades y los momentos en que se presentaron las mismas.

Pérdida de Investidura: (Artículo 143 Ley 1437 de 2011)

Podrá ser instada ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siempre y cuando se presentan las causales dispuestas en la Constitución Política (Artículos 110, 179, 183 y 184), a iniciativa de cualquier ciudadano y por las Mesas Directivas del Congreso, de los Consejos Municipales, de las Asambleas Departamentales o de las Juntas Administradoras Locales, para que un congresista, un concejal, un diputado o un edil respectivamente, pierdan la investidura del cargo público que ostentan.

Nulidad por Inconstitucionalidad: (Artículo 135 Ley 1437 de 2011)

Se desprende del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política de Colombia, el cual le atribuye la competencia al Consejo de Estado para conocer

de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Además, el Consejo de Estado será competente para conocer de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad que eleve cualquier ciudadano sobre los actos administrativos generales que por mandato de la carta política tengan que ser producidos por órganos distintos a los pertenecientes al Gobierno Nacional. En este orden de ideas y a pesar de que el ciudadano debe fundamentar su demanda señalando entre otras cosas los artículos constitucionales violados por los Decretos o por los actos señalados, el alto Tribunal tendrá la libertad de efectuar la revisión constitucional sobre los artículos de la constitución que en su parecer sean objeto de violación y no solamente sobre los indicados por el demandante. Se podría afirmar que lo planteado es una excepción al principio de que el juez debe fallar solamente de acuerdo a lo solicitado, en este caso en particular el juez administrativo estaría fallando “*ultra petita*” es decir más allá de lo pedido.

Acción de Cumplimiento: (Ley 393 de 1997, Ley 1437 de 2011)

Es aquella que se instaura con el fin que el juez administrativo, en primera instancia o el Tribunal Administrativo respectivo en segunda instancia haga cumplir lo establecido en una norma con fuerza de ley o un acto administrativo que no ha sido realizado por quien le asiste la obligación de hacerlo.

Controversias Contractuales: (Código Contencioso Administrativo y ley 1437 de 2011)

Es la posibilidad con la que cuentan las partes dentro de una relación contractual en donde una de ellas es una entidad estatal, para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y solicitar que ésta se pronuncie sobre las polémicas que puedan suscitarse en ejercicio de las obligaciones contractuales. De esta forma, los contratantes estarán en la posibilidad de requerir a través de la acción de controversias contractuales entre otras cosas, lo siguiente: la nulidad del contrato (esta también podrá ser decretada de oficio por el juez si se encuentran probadas dentro del proceso las condiciones para declararla) o de los actos administrativos emitidos en desarrollo del mismo, la liquidación judicial cuando no se hubiere efectuado la de mutuo acuerdo o la unilateral por parte de la entidad en los términos legales establecidos para el efecto, la existencia del contrato, su revisión, el incumplimiento del mismo y el pago de los perjuicios que se hayan producido los cuales tienen que estar debidamente probados. Igualmente, podrán acudir ante la jurisdicción para solicitar la nulidad absoluta de un contrato el Ministerio Público o un tercero que ostenta un interés directo en el contrato.

Acción de Grupo y Acción Popular: (Artículo 88 C.P, Ley 472 de 1998, Artículos 144 y 145)

La acción de grupo o de clase como es también denominada, la podrá ejercer un conjunto de personas no menor a veinte (20) que habiéndoseles producido perjuicios individuales por la acción u omisión de un particular o una entidad estatal, se unen para demandar el resarcimiento de los daños causados en ocasión a que los perjuicios generados comparten una misma causa. Es oportuno

precisar, que esta acción podrá ser elevada ante los jueces civiles cuando quien produjo el daño es una persona natural o jurídica de derecho privado, pero si el menoscabo fue originado por la administración como consecuencia de la expedición de un acto administrativo u otra causa, el grupo tendrá que demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

EJEMPLO # 1 de una situación susceptible de ser demanda a través de acción de grupo: La empresa XC&LH sacó al mercado su último producto que es un refresco con vitaminas y minerales, pero al cabo de una semana de haberse estrenado el jugo un gran porcentaje de las personas que lo ingirieron empezaron a presentar síntomas de intoxicación como diarreas y mareos, lo que llevo la empresa a investigar si el refresco ingerido sería el culpable del mal estado de salud de ese grupo de personas. Luego de hacerse los estudios pertinentes, se concluyó que el refresco contenía una sustancia que al ser combinada con una de las vitaminas que traía el mismo causaba daños a la salud humana. Por lo tanto, las cuarenta (40) personas afectadas que alcanzaron a consumir el producto durante la semana que estuvo al mercado, decidieron demandar a la empresa través de una acción de grupo o de clase para que se les indemnizara por los perjuicios causados.

EJEMPLO 2: La Curaduría Urbana No. 1 del Municipio de Pasto, decide a través de acto administrativo motivado otorgar una licencia para la construcción de un nuevo Centro Comercial al norte del Municipio, sin percatarse que en el lote donde se va levantar la obra están radicadas más de 50 familias en albergues temporales, los cuales están construidos con madera y barro. A pesar de lo anterior, los constructores empiezan con las labores de construcción causando el derrumbe de los albergues y daños físicos a un gran número de los pobladores. En consecuencia, éstos se unen para demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la reparación de los detrimentos producidos a causa del acto administrativo particular emitido por la Curaduría Urbana No. 1 del Municipio de Pasto.

Por otro lado y a diferencia de la acción de grupo, la acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona en aras de solicitar ante un juez la defensa de los derechos colectivos, éstas “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible...” (Ley 472 de 1998, Artículo 2) no se necesita entonces, que quien hace uso de la mencionada acción este afectado directamente con los efectos adversos que se causan por la violación de alguno de los derechos colectivos, ya que lo que se persigue con la acción es la defensa de los derechos que están en cabeza de toda la población, como lo son el derecho a gozar de un medio ambiente sano, la salubridad pública, la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, el equilibrio ecológico, entre otros.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 144 de la ley 1437, en caso de ser una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones públicas quien vulnere o amenace vulnerar un derecho colectivo, el interesado previamente a

interponer la respectiva demanda deberá solicitar ante la autoridad competente que se ejerzan las acciones tendientes a proteger el derecho afectado; si la administración no actúa de conformidad con lo requerido en un término no mayor a quince (15) días, el interesado podrá interponer la demanda ante el juez administrativo quien tendrá además competencia para ordenar la protección del derecho colectivo inclusive cuando ésta se produzca como consecuencia de un acto administrativo o un contrato, frente a lo cual decretará las medidas necesarias, absteniéndose de anular el acto o el contrato por no ser éste competente para hacerlo. Es pertinente especificar, que cuando el peligro sea inminente se podrá obviar el trámite previo ante la administración.

EJEMPLO de una situación demandable por acción popular: El Municipio de Riohacha Guajira, en su calidad de entidad territorial encargada del manejo de basuras y residuos no previó la infraestructura adecuada para la construcción de un basurero municipal, por lo que dispuso usar temporalmente un lote grande dentro del municipio para depositar en él los residuos sólidos, pero tal situación se extendió por dos años tiempo en el cual los habitantes de los barrios aledaños al basurero sufrieron de un sin número de enfermedades a causa de las infecciones y malos olores provenientes del basurero.

El señor Gómez, un médico que pasó casualmente por el sector se percató de la situación, habló con los afectados y decidió interponer una acción popular en contra del Municipio, ante el Juez Administrativo del Circuito de Riohacha solicitando la protección de los derechos colectivos a un ambiente sano, a la salubridad pública, entre otros derechos que estaban siendo vulnerados.

Acción de Repetición: (Código Contencioso Administrativo actual y ley 1437 de 2011)

Procede cuando el Estado ha sido condenado a pagar una suma de dinero en calidad de reparación o indemnización a una persona, por una falta cometida por un agente suyo ya sea a título de dolo o culpa. En estos casos el Estado a través de la acción de repetición reclama al servidor público o al particular que ejercía funciones públicas responsables de la acción objeto de reproche, el reembolso del dinero pagado, para lo cual será suficiente la constancia de la oficina de tesorería de la entidad pública donde conste que se efectuó el pago al perjudicado.

Control por vía de excepción: (Artículo 148 Ley 1437 de 2011)

No es una acción que se ejerza de forma principal, si no que surge en desarrollo de un proceso desplegado ante un juez administrativo en el cual el juez de oficio o a solicitud de los implicados, podrá omitir la aplicación de un acto administrativo por considerarse contrario a la constitución o a la ley. Esta decisión judicial sólo tendrá efectos para las partes y sobre ese proceso en particular.

Nulidad de las Cartas de Naturaleza y de las Resoluciones de Autorización de inscripción: (Artículo 147 Ley 1437 de 2011)

Las cartas de naturaleza y las resoluciones de autorización de inscripción son expedidas por el Presidente de la República o el Ministerio de Relaciones

Exteriores cuando el primero lo delegue, de acuerdo al artículo 20 de la ley 43 de 1993. La declaratoria de nulidad de los referidos actos, podrá solicitarse por parte de cualquier persona siempre y cuando se hayan emitido teniendo como base lo siguiente: a) documentación falsa y b) que el extranjero objeto de nacionalización hubiere sido condenado por la comisión de un delito en el país donde residía antes de radicarse en Colombia y que dicho delito hubiere sido susceptible de extradición.

Derecho de Postulación, Requisitos Previos para Demandar y Demanda

El derecho de postulación plasmado en el artículo 229 de la Constitución Política, es aquel con el que cuenta toda persona para acceder al sistema judicial y solicitar ante un juez de la República las pretensiones que quiere hacer valer. Este derecho no es absoluto, es decir no todas las personas pueden postularse como parte en todos los procesos, puesto que la legitimidad para acudir ante la jurisdicción depende del tipo de acción que se quiera interponer y la calidad en la que se actúa dentro del proceso. De esta manera, si se cumplen los supuestos que contempla la ley para cada caso se deberá garantizar el acceso al sistema de administración de justicia de la persona que ostente tales condiciones.

Se parte de la base entonces, que quien acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está capacitado para hacerlo pero solo se podrá postular a manera general, por conducto de abogado debidamente inscrito y excepcionalmente para aquellos casos expresamente descritos en la ley, podrá acudir ante la jurisdicción directamente.

De acuerdo con los artículos 159 y 160 de la ley 1437 de 2011, las entidades públicas que estén capacitadas para comparecer ante la jurisdicción en calidad de demandante, demandado o interviniente dentro de un proceso contencioso administrativo determinado, lo podrán hacer a través de su director o máxima autoridad administrativa de la entidad o éstos podrá delegar tal asunto a través de acto administrativo o poder debidamente conferido a los abogados titulados que se encuentren vinculados al órgano estatal.

En este sentido, en las controversias contractuales en donde una de las partes de una entidad pública, tendrá la facultad para representar a la entidad en el proceso, el funcionario que ostente el cargo más alto dentro de la entidad, pero si el contrato o el acto fue emitido por el Presidente de la República la representación la tendrá el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (Ley 1437, Artículo 159)

En lo atinente a procesos en los cuales deba comparecer el Estado y que tengan relación con la Rama Legislativa del poder público, el representante de la Nación será el Presidente del Senado y para los casos en que este inmersa la rama judicial, el representante del Estado será el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, a menos que se trate de procesos en donde la Fiscalía General de la Nación es parte. Igualmente, la representación para los asuntos de impuestos en donde esté involucrada cualquier entidad pública, estará a

cargo del Director de General de Impuestos y Aduanas Nacionales o en su defecto del funcionario público que expidió el acto administrativo involucrado dentro del proceso. A lo anterior debe agregarse, que para los procesos contenciosos en donde actúen como parte las entidades territoriales éstas deberán acudir ante la jurisdicción a través de sus respectivos representantes legales, los cuales serán los alcaldes y gobernadores según sea el caso.

Antes de entrar a describir las condiciones que se deben reunir para la presentación de una demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es menester presentar los requisitos de procedibilidad que se deben agotar para acudir ante las instancias judiciales, estos son los siguientes (Artículo 161 Ley 1437 de 2011):

- Previa a la presentación de la demanda en acciones populares y cuando no haya riesgo de la ocurrencia de un perjuicio irremediable en contra de los derechos colectivos que se pretenden proteger, es necesario que quien valla a demandar eleve una solicitud ante el particular en ejercicio de funciones públicas o ante la entidad pública responsable de los hechos, para que éstos tomen las acciones pertinentes en aras de proteger el o los derechos colectivos en peligro.
- Agotar la Conciliación cuando se pretenda interponer acción contractual, de nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa; también se podrá hacer uso de este medio alternativo de solución de conflictos para otros temas siempre y cuando los asuntos sobre los que verse la solicitud sean susceptible de conciliación y que no estén prohibidos legalmente. Cabe aprovechar la oportunidad para dejar sentado que para agotar el trámite conciliatorio pre judicial en materia administrativa, se deberá hacer a través de abogado titulado desde el mismo instante en que se radica la solicitud. Lo anterior, puesto que en dichos asuntos está implicado el Estado y por tanto se debe garantizar una buena defensa técnica para ambas partes, en aras de garantizar los intereses generales que están de por medio.
- Que se haya pagado por parte del Estado lo alegado en una acción de repetición.
- Que se haya agotado la vía gubernativa cuando se pretenda anular un acto administrativo de carácter particular, en caso que la administración hubieren dado la oportunidad para la interposición de los recursos pertinentes.
- Cuando se pretenda interponer una acción de nulidad electoral, alegando falsedad en los datos consignados en los documentos electorales o cuando los votos se hayan calculados violando el sistema legal dispuesto para la distribución de curules o cargos a proveer (Artículo 275 Ley 1437) “(...) es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad electoral correspondiente” (Ley 1437 de 2011, Artículo 161, Numeral 6)

Antes de interponer una acción de cumplimiento, debe haberse constituido la renuencia, esto es, que a pesar de la solicitud de cumplimiento del accionante, la autoridad haya seguido actuando sin la observancia de la norma con fuerza de ley o del acto administrativo invocado o habiéndose requerido por escrito a la misma ésta no haya contestado en el término de diez (10) días. Se podrá evadir este trámite cuando efectuarlo pueda ocasionar un peligro irremediable, pero tal situación deberá dejarse suficientemente justificada en la demanda. Lo anterior, de acuerdo al artículo 8 de la Ley 393 de 1997.

Por otro lado, una vez se hayan agotado los requisitos de procedibilidad anteriormente descritos se deberá elaborar la demanda con las condiciones específicas para cada caso, las cuales variaran dependiendo de la acción a interponerse. A pesar de lo anterior, existen unos requisitos mínimos aplicables que debe contener toda demanda para que sea admitida por el juez, a saber (Ley 1437 de 2011, Artículo 162):

- Debe contener una descripción detallada y enumerada de los hechos que ilustraran al juez sobre el caso, así como indicar la acción u omisión susceptible de inconformidad.

- La pretensión de la demanda, es decir, lo que se quiere o lo que se persigue con la misma.

- Se debe indicar quienes son las partes dentro del proceso, demandante y demandado, sus representantes y direcciones domiciliarias o direcciones de correo electrónico para efectos de efectuar las respectivas notificaciones.

- Los fundamentos legales en los cuales se cimienta la demanda, y especificar las normas objeto de violación.

- Anexar al escrito de demanda las pruebas que tenga en su poder y que pretenda se tengan en cuenta por el juez, así como solicitar aquellas que considere se deban practicar para esclarecer los hechos descritos.

- Establecer la cuantía de la pretensión en caso de ser procedente.

Principales Figuras y Novedades en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)

Como se mencionó en las lecciones anteriores, el legislador expidió la Ley 1437 de 2011, que contiene la nueva regulación sobre el procedimiento y de lo contencioso administrativo, la importancia de este nuevo código son las figuras contenidas en él, con las cuales se espera agilizar los procesos contenciosos, garantizar los derechos fundamentales de los administrativos por parte de la administración pública, entre otros.

Revisado el cuerpo del nuevo código se encuentra que se realiza una compilación e integración de los pronunciamientos que sobre algunos temas relativos a administración, han venido haciendo las altas cortes del país, así por ejemplo se recoge y compila las funciones que han establecido el constituyente y el legislador para la sala de Consulta y Servicio Civil, armonizándolas con el pronunciamiento de la Corte Constitucional (Sentencia C-037 de 1996).

Las principales figuras del nuevo código son:

1. Sistema mixto

La jurisdicción contenciosa ha sido tradicionalmente escrita, la reforma plantea que los procedimientos son mixtos mediante la combinación de la oralidad, las audiencias y el tradicional sistema escrito, ello con el fin de imprimirle agilidad a los procesos contencioso administrativos en la medida en que las audiencias debe permitir decidir actuaciones o el agotamiento de etapas. Con ello se espera poner al día esta jurisdicción en la cual un proceso puede tener un fallo definitivo en un tiempo promedio entre 9 y 10 años.

2. Fortalecimiento al derecho de petición

Sobre este aspecto se habló anteriormente, no obstante se resalta la importancia del uso de las tecnologías de la información para hacer solicitudes respetuosas a la administración, así como la forma en la cual las entidades estatales pueden dar respuesta a las mismas.

Igualmente y en el mismo sentido se amplía los términos para la presentación de recursos en contra de los actos administrativos que emiten las entidades públicas, esta medida se adopta como una garantía para los administrados, cuyo fin perseguido es brindarle a los ciudadanos las herramientas necesarias para hacer efectivos sus derechos al permitirles contar con mayor tiempo para analizar las decisiones que les son adversas y tener el tiempo suficiente para sustentar los recursos que se presenten en contra de ellas.

3. Nuevo recurso extraordinario

Esta figura tiene como objeto unificar la jurisprudencia, debido a que se presentaba una disparidad de criterios en la aplicación de justicia, cada juez resolvía de acuerdo con su criterio, sobre este nuevo recurso, señala el nuevo código:

ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

En la exposición de motivos que dio origen a la Ley, se manifestó sobre el recurso extraordinario de unificación que se esperaba con él dar garantía a los administrados para que “la ley se cumpla, proteja los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la sentencia recurrida, y, contribuya a la reparación de los agravios inferidos a tales sujetos procesales por dicha causa” (Gaceta del Congreso No. 1173 de 2009)

4. Fortalecimiento de la función consultiva

La Constitución Política de Colombia establece como funciones del Consejo de Estado, entre otras, actuar como órgano consultivo del Gobierno Nacional en asuntos de administración, preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley y emitir concepto sobre los contratos que celebren para ejercer el control fiscal.

Asimismo, el actual Código señala a cargo de la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, unas funciones que desarrollan en gran parte el precepto constitucional. Con este referente, el proyecto de ley inicialmente presentado ante el Congreso, esperaba darle un mayor dinamismo a la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con el fin de adaptar esta figura a una nueva forma de Estado, en el cual los límites en la tradicional trivisión del son difusos.

Así las cosas, en el proyecto de ley presentado en el congreso se expresó:

En el proyecto se introducen normas que permiten fortalecer la labor que hoy en día realiza la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Así, desde el punto de vista de los sujetos consultantes, el numeral 1 del artículo 109, abre la posibilidad de que realicen consultas directamente el Gerente del Banco de la República, el Procurador General de la Nación, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Registrador Nacional de Estado Civil, el Presidente de la Comisión Nacional de Televisión y las mesas directivas del Congreso de la República, estas últimas exclusivamente sobre asuntos relacionados con el trámite legislativo.

Respecto de las funciones y materias, además de las que hoy cumple, se agregan las siguientes:

- (i) Emitir concepto previo en relación con eventuales controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional, o entre estas y entidades del nivel territorial, para precaver litigios, caso en el cual el concepto es requisito de procedibilidad de la demanda;
- (ii) Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada o entre estas, cuando no estén comprendidas en la jurisdicción de un solo tribunal administrativo;
- (iii) Revisar los proyectos de compilaciones de normas;
- (iv) Igualmente se establece la obligación de oír previamente a la Sala de Consulta en algunos asuntos, sin que los conceptos tengan carácter vinculante. Las materias señaladas son: los proyectos de ley preparados por el Gobierno Nacional sobre organización y funcionamiento de la administración y para aprobación de tratados internacionales; los proyectos de decretos leyes en ejercicio de facultades extraordinarias; los proyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativa que afecten

la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.” (Gaceta del Congreso No. 1173 del 17 de noviembre de 2009)

El texto final sobre las funciones de la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, quedó de la siguiente manera:

ARTÍCULO 112. INTEGRACIÓN Y FUNCIONES DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro (4) Magistrados. Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario.

La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

1. Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo.
2. Revisar o preparar a petición del Gobierno Nacional proyectos de ley y de códigos. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso de la República.
3. Preparar a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia proyectos de acto legislativo y de ley.
4. Revisar a petición del Gobierno los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este para efectos de su divulgación.
5. Realizar los estudios que sobre temas de interés para la Administración Pública la Sala estime necesarios para proponer reformas normativas.
6. Conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política.
7. Emitir concepto a petición del Gobierno Nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio.
8. Verificar, de conformidad con el Código Electoral, si cada candidato a la Presidencia de la República reúne o no los requisitos constitucionales y expedir la correspondiente certificación.
9. Ejercer control previo de legalidad de los Convenios de Derecho Público Interno con las Iglesias, Confesiones y Denominaciones Religiosas, sus Federaciones y Confederaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley.
10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualquiera de estas cuando no estén

comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.

11. Presentar anualmente un informe público de labores.

12. Ejercer las demás funciones que le prescriban la Constitución y la ley.

PARÁGRAFO 1o. Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil estarán amparados por reserva legal de seis (6) meses. Esta podrá ser prorrogada hasta por cuatro (4) años por el Gobierno Nacional. Si transcurridos los seis (6) meses a los que se refiere este parágrafo el Gobierno Nacional no se ha pronunciado en ningún sentido, automáticamente se levantará la reserva.

En todo caso, el Gobierno Nacional podrá levantar la reserva en cualquier tiempo.

PARÁGRAFO 2o. A invitación de la Sala, los Ministros, los Jefes de Departamento Administrativo, y los funcionarios que unos y otros requieran, podrán concurrir a las deliberaciones del Consejo de Estado cuando este haya de ejercer su función consultiva, pero la votación de los Magistrados se hará una vez que todos se hayan retirado. La Sala realizará las audiencias y requerirá las informaciones y documentación que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 113. CONCEPTO PREVIO DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.
La Sala de Consulta y Servicio Civil deberá ser previamente oída en los siguientes asuntos:

1. Proyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.

2. Todo asunto en que por precepto expreso de una ley, haya de consultarse a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

PARÁGRAFO. En los casos contemplados en el anterior y en el presente artículo, los conceptos serán remitidos al Presidente de la República o al Ministro o jefe Departamento Administrativo que los haya solicitado, así como a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.”

La importancia de la modificación introducida por el nuevo código en cuanto a la sala de consulta y servicio civil, radica en retomar su función de organismo consultivo del Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, este cuerpo debe emitir conceptos previos sobre temas de relevancia nacional y la obligatoriedad que el legislador de atender estos pronunciamientos. (Ley 1437 de 2011)

RESPONSABILIDAD ESTATAL

La Responsabilidad del Estado y Regímenes de Responsabilidades

La responsabilidad del Estado ha ido tomando importancia con el pasar del tiempo ya que el concepto mismo va íntimamente ligado a la forma de Estado que se organiza en una determinada sociedad. Por ejemplo, en el panorama de un Anarquismo total, es decir la posición ideológica extrema que no concibe la organización social a través de un modelo de Estado, no se contempla la posibilidad que un ente que ni siquiera debería existir, sea sujeto de responsabilidades. Por otro lado, en un concepto que constituye el totalmente opuesto al anarquismo encontramos el totalitarismo, el cual contempla al Estado como soberano y como ente exclusivo regulador de todas las actividades de los ciudadanos con el propósito de formar una sociedad ejemplar, los individuos en esta clase de organización política no gozan de libertades individuales, el Estado es altamente intervencionista y ejerce el poder sin límites. Por lo tanto, bajo esta visión cualquier actividad o acto desplegado en ejercicio del poder estatal por arbitrario que sea está justificado en los propósitos o fines que el Estado persigue, en este orden de ideas, las responsabilidades del Estado es prácticamente nula.

En el siglo XIX no se concebía la idea de que el Estado fuera responsable por sus actos, debido a que éste era soberano, pero luego con un fallo del Tribunal de Conflictos Francés "*el Fallo Blanco*" en 1873 el mencionado Tribunal condenó al Estado a pagar una indemnización por haber producido perjuicios a una niña que fue atropellada por una vagoneta de una empresa de manufactura de tabaco perteneciente al Estado de Francia, aludiendo que éste debía responder por las fallas que se presentarán en los servicios públicos prestados y que además los conflictos en donde se viera inmerso el Estado debían ser resueltos por normas y tribunales diferentes a los civiles. Es por esto que se dice que el *fallo blanco* constituye un cambio en el pensamiento de la época.

En nuestro país a través de la Sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1896 se reconoce la responsabilidad del estado y la obligación de éste de reparar los daños producidos por sus agentes de acuerdo a las normas del Código Civil, pero hoy en día el régimen legal que se aplica es el de Derecho Administrativo a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con excepción a los asuntos que versen sobre situaciones de derecho privado.

En virtud de la evolución que iba teniendo el concepto de Estado, una gran parte de países a nivel mundial adoptaron diferentes regímenes de gobierno y por su lado Colombia bajo la Constitución de 1991 se estructuró como:

Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la

integran y en la prevalencia del interés general.(Constitución Política de Colombia, Artículo 1)

A este tenor, en nuestro modelo de gobierno el Estado no es soberano puesto que dicha soberanía radica exclusivamente en el pueblo la cual la puede ejercer directamente o a través de sus representantes, esta forma de Estado es contraria a la monarquía, ya que acá hay una sustitución del gobierno del rey por el gobierno de la ley. En consecuencia, lo más importante para el Estado es el bienestar general y el respeto y defensa de los derechos de todos sus ciudadanos. Lo anterior, implica que aun cuando el mismo Estado es quien violenta o degrada la integridad moral o física de una persona o causa daños en su patrimonio, éste en cumplimiento de los cometidos que constitucionalmente se le han otorgado, debe responder por los daños, agresiones y perjuicios que por su acción u omisión cause ya sea a personas naturales o a personas jurídicas. Sin embargo, no están incluidas dentro de este tipo de responsabilidades aquellas derivadas de contratos o convenios que el Estado en expresión de su voluntad suscribe, lo que no implica que dichas responsabilidades contractuales no deban ser asumidas e indemnizados sus daños por parte del Estado.

Antes de entrar a esbozar los tipos de responsabilidades que se pueden presentar en virtud de la acción estatal, es menester mencionar los artículos constitucionales que contemplan el principio de responsabilidad a saber: Artículo 6 - (principio de responsabilidad jurídica) en el cual se plantea la responsabilidad de los servidores públicos por la infracción de la Constitución y las leyes y por la omisión o extralimitación de sus funciones, Artículo 90 (responsabilidad extracontractual del Estado) hace alusión a que el Estado deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por acción u omisión de sus autoridades. Vemos como en esta última norma se prevé una responsabilidad de tipo indirecta del estado, ya que se entiende que los daños que la generan son causados por personas naturales que lo representan y no por el Estado como persona jurídica que también está sujeta a responsabilidades.

En suma, tal como se vio en el Capítulo 3, lección 4 “Régimen de Responsabilidad de los servidores públicos” existen diversos tipos de responsabilidades; no obstante las que serán tratadas en esta oportunidad son aquellas causadas por el Estado teniendo en cuenta para el efecto las teorías que alrededor de las mismas se fundan. Cabe hacer la salvedad, que las clases de responsabilidades que serán desarrolladas a continuación son las más relevantes para efectos del estudio de la materia que nos ocupa, pero no son las únicas existentes. Consonantemente, en las lecciones consiguientes se desarrollarán más a fondo los conceptos de daño y falla en el servicio, los que permitirán entender la relación y nexo causal que debe existir para que se determine cualquiera de los tipos de responsabilidades descritas a continuación.

1. Responsabilidad Directa: Esta se cobija bajo la teoría que el Estado es una persona jurídica y como tal es sujeto de obligaciones, por lo tanto, independientemente de cuál de sus órganos o autoridades haya originado el acto dañino éste debe responder de forma directa. Entonces, bajo este

entendido no es dable diferenciar si la responsabilidad recae en el Estado o en sus autoridades, ya que éstos son la representación de aquel y por lo tanto ambos conforman un todo, de esta manera si los últimos causan un daño es el Estado en su integridad quien es responsable del mismo.

2. Responsabilidad Indirecta: En esta clasificación, al Estado también le es dado responder por las actuaciones desplegadas por sus agentes pero sustentada bajo los preceptos de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*, es decir, el Estado debe responder por los daños que causen sus representantes debido a que éste tiene la obligación de elegir adecuadamente a sus agentes y el deber de vigilar cuidadosamente las actividades de los mismos.
3. Responsabilidad por la ejecución de trabajos públicos: Como su nombre lo indica, es la que se origina cuando en ejercicio de obras públicas se produce deterioro a una propiedad de una persona natural o jurídica. Es un tipo de responsabilidad objetiva ya que no se entra a mirar el grado de culpa o dolo que con el daño se causó, sino que simplemente el Estado debe pagar por la comisión de los hechos. Está amparada bajo el precepto: “el que daña paga”
4. Responsabilidad por falla en el servicio: Se presenta en virtud de un menoscabo causado por haberse producido una falla en la prestación de un servicio público. A diferencia de la responsabilidad que se produce por ejecución de obras públicas, esta es subjetiva puesto que se presenta por culpa de la administración cuando no se presta un servicio que debe suministrar, o cuando se presta deficientemente o se provee de forma retardada.
5. Responsabilidad por acto administrativo: Es aquella que surge como consecuencia de la emisión de un acto administrativo que causa perjuicios a un tercero, ya sea por haberse proferido sin los requisitos exigidos por la ley o habiéndose emitido el acto de forma adecuada, éste afecta derechos de particulares. Las acciones a través de las cuales se puede exigir la indemnización al Estado, son la de nulidad y restablecimiento del derecho para el primer caso y para la segunda hipótesis se podrá interponer la acción de reparación directa.
6. Responsabilidad por daño antijurídico: Está establecido en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y hace referencia a que el Estado debe responder por los daños antijurídicos causados a cualquier persona. Se entiende que un daño es antijurídico cuando quien lo sufre no está en el deber legal de soportarlo, éste puede ser generado por una causa lícita o ilícita.
7. Responsabilidad por el hecho del constituyente: Se configura cuando con la expedición de una ley se causa un agravio a una persona o a un grupo de personas, siempre y cuando se presenten tres condiciones: a) Que la ley haya sido emitida teniendo presente los intereses de un grupo de personas determinadas y no el interés general, b) en caso que el legislador rechace la ley no podrá solicitarse indemnización por su emisión, c) que la actividad perjudicada o afectada sea lícita y d) Que la carga soportada con la medida adoptada en la ley, sea mucho mayor a las que normalmente se deben soportar,

esto es que la medida sea altamente perjudicial para esa persona o grupo específico. Por ejemplo, no se podría hablar de responsabilidad por el hecho del constituyente cuando el congreso emite una ley que prohíbe la comercialización de cocaína, ya que la actividad objeto de prohibición es ilícita.

8. Responsabilidad por daño especial: Es de tipo objetiva y se configura cuando en ocasión a un acto lícito de la administración se le traslada una carga a una determinada persona que aunque tiene la obligación de soportarla, dicha carga es mucho mayor a la que llevan los demás ciudadanos por la misma causa, produciendo de esta forma un daño especial a quien la asume.
9. Responsabilidad por expropiación en caso de guerra: Se cimienta en el artículo 59 de la Constitución Política de Colombia y se causa cuando el Estado en desarrollo de una guerra decreta la expropiación de un bien inmueble para uso y servicio exclusivo de la misma.
10. Responsabilidad a causa de la administración de justicia: Naturalmente esta clasificación no se refiere a aquellos perjuicios que sufre un individuo como parte dentro de un litigio y que se originan como consecuencia lógica del desarrollo normal y justo de un proceso ante cualquier jurisdicción. Por el contrario, la responsabilidad que acá se trata nace cuando en virtud de un proceso judicial el juez cometa un error grave plenamente demostrado, o actúa dolosamente o comete fraude o abuso de poder causando daños ya sea a alguna de las partes del litigio o a un tercero.
11. Responsabilidad por privación injusta de la libertad: Cuando se hubiere retenido a una persona de forma arbitraria y violando abruptamente el orden jurídico, se considerará que la privación fue injusta y por lo tanto el Estado deberá responder por tal razón.

El Daño Antijurídico en la Responsabilidad del Estado

El daño antijurídico dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado surge en Colombia con gran auge a partir de la expedición de la Constitución de 1991.

Lo anterior conlleva a que ya no solo se hable de una responsabilidad del Estado de carácter subjetivo, esto es, de una responsabilidad por Falla en la prestación del Servicio o culpa de la administración, figura propia del derecho francés, sino que se permite que el ámbito de responsabilidad administrativa se extienda a que el Estado responda por todos aquellos daños patrimoniales o extra patrimoniales que genere a cualquier ciudadano sin que por este exista una razón jurídica y por ende justificada para tolerar ese daño.

De acuerdo a lo anterior, el daño antijurídico se desarrolló como la base o punto cardinal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado gracias a su consagración constitucional y al progreso jurisprudencial que realizó del mismo el máximo

tribunal contencioso, el Honorable Consejo de Estado, sin que de lo precedente deba afirmarse que la responsabilidad estatal sea una responsabilidad meramente objetiva y se dejen atrás teorías subjetivas, lo que sí se puede afirmar será que toda responsabilidad patrimonial del Estado deberá enmarcarse y fundamentarse en la ocurrencia de un daño antijurídico, tal como lo ha expresado en sus providencias la Corte Constitucional, esto es, que el estado responda por toda actuación u omisión en que haya incurrido por el solo hecho de haberle causado un daño a un individuo, daño o carga que éste no debe soportar; y no solo responda en los casos en que quede probada la conducta antijurídica, esto es, la culpa o dolo ámbito donde se desarrolla la falla del servicio. En este ámbito es en el cual se enmarca el artículo 90 constitucional, tratado también en la lección anterior.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste” (Constitución Política de Colombia, Artículo 90), del anterior artículo se desprende que el daño antijurídico es el verbo rector de toda responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, ya que la administración no está legitimada para producir el daño y por su parte el ciudadano no tiene por qué soportar dicho perjuicio.

Por su parte, no se producirá daño antijurídico cuando el ciudadano tenga la obligación de soportar la carga impuesta por la administración, esto es, en los casos en que la ley imponga la carga, en el caso en que el daño se presente en virtud de la legítima defensa, cuando se configure el daño pero haya intervenido el consentimiento de la víctima y cuando el daño propiamente dicho no traspase el ámbito de cargas que se tengan que asumir por el individuo, por el mismo hecho de vivir en comunidad (Bermúdez Martín 1998 P.109)

De tal manera, que se estará en presencia de la figura estudiada cuando efectivamente se configure un daño antijurídico, que se derive de una acción u omisión no justificada jurídicamente, elemento que se traduce en la causalidad material y que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han denominado como *Imputatio Facti*, y por último que la misma sea realizada por el Estado, es decir que se le atribuya o impute jurídicamente a este el perjuicio o daño recaído sobre el particular.

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 1999 con Consejero Ponente Manuel Suarez Hernández, manifiesta frente a la responsabilidad patrimonial del Estado que ésta tiene su fundamento normativo en el artículo 90 Constitucional, la cual se deriva del daño antijurídico el cual surge sin necesidad de que se configure la culpa o la falla, ya que estos caracteres subjetivos podrán darse o no para que se configure el daño, desprendiéndose de lo anterior que así no se dé la culpa existirá responsabilidad de la administración por el solo hecho de haberse ocasionado un daño en cabeza de un particular.

A su vez la Corte Constitucional Colombiana frente a la responsabilidad patrimonial del Estado manifiesta en Sentencia C-918 de 2002, que el daño antijurídico como pilar fundamental de la responsabilidad del Estado se encuentra plenamente integrado con los principios rectores del Estado Social de Derecho, desprendiéndose de lo anterior que la mencionada responsabilidad se configure como un mecanismo de salvaguarda de los administrados frente a la actividad estatal, que por lo tanto derive del Estado la obligación jurídica de responder por toda afectación antijurídica que por su acción u omisión origine, traducido lo anterior en un deber de indemnización estatal.

En suma argumenta también la Corte, que la referida responsabilidad patrimonial se deriva cardinalmente de un daño de características antijurídicas, el cual se configura no en razón a que la actuación u omisión vaya contra derecho sino en razón a la persona en quien recae, el cual no tiene el deber u obligación de sufrirlo.

Por lo cual, para que se dé una indemnización por parte del Estado deba el daño ser imputable al mismo, esto es, que exista un título jurídico que acredite que por la actuación u omisión de la administración un sujeto sufrió un daño que no tenía por qué soportar y sea menester reparar el daño e indemnizar con el patrimonio del Estado a ese particular, así el mismo Estado haya actuado en total licitud.

De lo visto se entrevé que para que exista responsabilidad patrimonial del Estado es indispensable que confluyan tres características esenciales, la primera de ellas será la presencia de un daño antijurídico traducido en el perjuicio que sufre el individuo si mediar carga que lo obligue a soportarlo, como segunda medida está la causalidad material, es decir, que el perjuicio se haya generado en virtud a una actuación u omisión estatal y en tercera medida que surja una imputación jurídica, esto es, que le sea atribuido jurídicamente al Estado el origen del daño.

Falla en el Servicio por parte de la Administración.

Esta responsabilidad del Estado, con origen en el derecho francés, por muchos años en Colombia se convirtió en la principal fuente de Responsabilidad Estatal basándose en la culpa como punto de partida., esto es, estructurándose en una responsabilidad subjetiva a causa de una inadecuada prestación de un servicio prestado por la administración.

La falla en el servicio se desprende de la prestación de un servicio estatal, que al no ser prestado en la forma debida genera un daño, derivándose que el Estado tenga que responder directamente por ese daño ocasionado cuando sea causado por una falla en el servicio, lo cual se configura como nexo causal. Frente a este punto valga la pena aclarar que para que el Estado cumpla su función, esto es los servicios que tiene a su cargo, debe hacerlo por intermedio de individuos y entidades que muchas veces son imposibles de identificar al ocurrir el daño y por ello el estado responde directamente (Responsabilidad Directa-Lección 1 del

presente Capitulo), sin perjuicio de que con posterioridad contra los funcionarios se ejerzan las debidas acciones de repetición.

Ahora bien, esta teoría -Falla en el servicio- fue tratada por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 30 de julio de 1962, donde se establecieron como características arraigadas a la misma las siguientes:

- Se pasa de una culpa individual a una culpa de la administración en virtud de una falla en el servicio prestado.
- Se presumirá la culpa del Estado, por el hecho de prestar en indebida forma los servicios que debe prestar, entre los que se encuentran los servicios públicos.
- La persona que sufre perjuicios deberá probar el nexo causal entre el daño y la falla en la prestación del servicio.
- Solo podrá eximirse de responsabilidad al Estado cuando se demuestre que la falla en el servicio se dio por consecuencias extrañas, tales como fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima
- Cuando el daño se produzca por un servidor del Estado en ejercicio o en virtud de sus funciones, el Estado tendrá que responder por el daño y luego este ejercerá la acción de repetición contra el funcionario ejecutor del daño.
- Si el daño es generado por un funcionario del Estado, fuera de sus funciones administrativas, éste responderá a título personal.

De este modo, ¿que se enmarca dentro de falla en el servicio?, ¿qué es lo que tiene que ocurrir para que el Estado responda? pues bien, se configura falla en el servicio cuando la administración: 1. No desarrolle las obligaciones que están a su cargo por ejemplo no expida un acto administrativo de vital importancia para una persona, no preste a una persona o comunidad un servicio de salud que deba prestar 2. Cuando no efectúe a tiempo el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, por ejemplo se expida tardíamente el acto administrativo que concluye una actuación, 3. Cuando al desarrollar sus obligaciones lo haga indebidamente, por ejemplo que no se presten los servicios públicos con los debidos requisitos exigidos de salubridad e higiene y 4. Cuando desborde las funciones que le fueron dadas legal y constitucionalmente, por ejemplo que se pretenda desalojar a unas personas de su vivienda sin que medie un proceso de expropiación de la misma y lo anterior se dé en circunstancias normales esto es, en ningún estado de excepción.

De las anteriores actuaciones se desprende que las mismas se presenten de forma injustificada y que exista un nexo de causalidad entre el mal funcionamiento del servicio (deficiente prestación de cualquiera de las actuaciones descritas) y el daño que se produjo con ese actuar, ya que puede

pasar que el daño producido no se genere por un incumplimiento de sus obligaciones por parte del estado, su retardo o su deficiencia, sino por actuaciones externas al Estado frente a las cuales no tendría por qué responder.

A su vez, la Falla en el servicio, se divide en diferentes categorías, estas son:

1. La Falla Probada: Se trata de aquella falta en la que por parte de la víctima se encuentra debidamente demostrada la falta, el daño y el nexo causal frente al caso concreto. Es decir, que el demandante deberá probar vehementemente la ocurrencia de la falla además de demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del entorno exacto en que ocurrieron los hechos que desembocaron que se diera la falla o falta en el servicio, como ejemplo de lo anterior podrá traerse a colación la Sentencia del 3 de mayo de 1999 de Consejo de Estado Sección Tercera, en la cual el Instituto Nacional de Cancerología omitió la realización de exámenes de laboratorios menos invasivos a una menor , y en contraposición realizó una biopsia que ocasionó que la menor quedara parapléjica, situación en la que la niña no se encontraba antes de ingresar al instituto, de lo cual se desprende que existe una muy alta probabilidad de que la causa de que la niña se encuentre parapléjica fue por la práctica de una biopsia por parte del personal médico de la institución, lo cual se traduce en una falla del Instituto Nacional de Cancerología.

Frente a la prueba de la probabilidad, el Consejo de Estado ha manifestado: ““se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad"”. (Sentencia del 3 de mayo de 1999 de Consejo de Estado Sección Tercera)

2. La Falla Anónima: Es aquella en la cual a pesar de saber que ocurrió una falla que generó un daño por parte del Estado, se hace imposible determinar el gestor del daño, frente a lo cual ha argumentado el Consejo de Estado “ la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que la falla del servicio es “anónima” para indicar que no se requiere establecer en el proceso quien fue el autor material del daño causado; pero esto no significa que no deba establecerse los hechos a partir de los cuales se pretende imputarle al mismo ese daño(...)para que haya lugar a condenar patrimonialmente al Estado por un caso en particular es necesario demostrar la relación causal entre el daño y la actuación de uno de sus servidores” (Sentencia del 25 de febrero de 2009 de Consejo de Estado Sección Tercera)
3. Falla Presunta: Se presumirá la culpa en dos casos, el primero en responsabilidad medica donde quien tendrá que probar la no ocurrencia del hecho será la entidad que produjo el daño, es decir, tendrá que probar que su actuar se enmarcó dentro del ámbito de la prudencia, diligencia y la pericia y que el daño ocurrió por causas ajenas a su actuar,

es decir, que se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero (quiebra del nexo causal), tal como lo sugiere el Consejo de Estado en su Sentencia del 11 de mayo de 2006 Sección Tercera. Por su parte la víctima solo tendrá que acreditar que el daño se produjo como consecuencia de una falla de la administración (nexo causal)

4. Falla Relativa: La presente falla parte del postulado de que “nadie estará obligado a lo imposible” de lo cual se desprende que el Estado prestara su servicio dentro de los límites normales de exigibilidad, pero no estará obligado a ejercer sus funciones en un ámbito que genere imposibilidad de hacerlo, así que si se presenta un daño por no ejercer una obligación que se torna imposible de cumplir la falla del Estado será la relativa. Tema frente al cual el Consejo de Estado ha manifestado: “la exigencia que debía hacerse al Estado sobre el cumplimiento de sus obligaciones estaba determinada por la verificación de sus condiciones materiales reales y no sobre criterios ideales o que apenas estén en vía de desarrollo, No obstante se ha mantenido la advertencia de que las condiciones presupuestales no son justificación para el incumplimiento de las obligaciones de seguridad que corresponde prestar al Estado.” (Sentencia del 6 de marzo de 2008 Consejo de Estado Sección Tercera)

Efectos de la Responsabilidad Estatal

Los efectos que se derivan de la Responsabilidad del Estado, serán que el mismo tenga que responder “patrimonialmente” por los daños antijurídicos que le sean reprochables (imputables), que hayan sido ocasionados con su actuar o su omisión, y no exista un título jurídico valido que soporte o justifique el daño generado o como en palabras del doctrinante Juan Carlos Esguerra Portocarrero, la responsabilidad patrimonial del Estado nacerá, de la lesión patrimonial que injustificadamente sufre una persona con ocasión del ejercicio de una función pública.

Lo anterior, puede traducirse en que será la administración responsable de aquellas omisiones o actuaciones contrarias a la ley y a la Constitución, que generen daños antijurídicos y que quien los sufren -los administrados- no tengan por qué soportar, motivo por el cual tenga que reparar los perjuicios sufridos.

Para que el Estado tenga el deber de reparación patrimonial de un perjuicio causado a un administrado, deberán confluir varias situaciones, la primera de ellas será que la actuación u omisión generadora del daño sea ocasionado por el Estado con ocasión o en virtud a sus funciones, la segunda será que el daño producido le sea imputable jurídicamente al Estado, la tercera será que la persona que lo sufre no tenga razón jurídica para soportar el perjuicio.

En suma, se podrá establecer, que la responsabilidad del Estado, es de carácter civil, esto es, de carácter económico-patrimonial, ya que lo que se pretende con la responsabilidad, es que se regenere el desequilibrio sufrido por el

administrado en virtud al perjuicio ocasionado con el actuar de la administración, generándose una reparación económica.

De lo anterior se desprende, que toda responsabilidad estatal en Colombia se derivara del daño antijurídico (véase el artículo 90 constitucional) que sea causado por la administración a un individuo que no tenga por qué sopórtalo, hecho del cual se desprenderá el resarcimiento del mismo por parte del Estado a través de la indemnización pecuniaria.

Por tanto, la responsabilidad patrimonial del Estado, como figura acogida constitucionalmente, se desprende de un Estado Social de Derecho, que propende por la igualdad de sus ciudadanos, entre otras frente a las cargas que estos tengan que soportar, derivándose de aquí que toda persona reciba la misma protección y trato de las autoridades, como bien lo establece el artículo 13 de la carta política colombiana.

Así la responsabilidad patrimonial de la administración, será una garantía constitucional, la cual pretende resarcir o remediar un daño ya causado y esto se dará mediante la indemnización económico-patrimonial del perjuicio, que tenga como finalidad la compensación plena e integral del daño, esto es, no se debe reparar ni más ni menos, deberá remediarse concretamente la totalidad del daño.

Rendición de Cuentas

A diferencia de las empresas privadas, las cuales adecuan su ejercicio de acuerdo a sus manuales y estatutos internos, las entidades públicas rigen su actuar conforme a la constitución y las leyes, toda vez que la razón de ser de los órganos públicos se encuentra justificada en la defensa del interés general y en la consecución de los fines del Estado. Igualmente, los servidores públicos por mandato constitucional deben estar al servicio del Estado y de la comunidad, así como garantizar la salvaguarda de los recursos públicos, supuestos sobre los cuales se justifica la obligación que tienen todos y cada uno de los funcionarios del Estado, de rendir cuentas a la ciudadanía sobre su gestión al finalizar cada año.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, la rendición de cuentas es una forma de ejercer control sobre la gestión administrativa a nivel nacional en el marco de una democracia participativa. Además, es una expresión del principio de transparencia y el de publicidad administrativa contemplada en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia el cual debe regir el actuar de la administración. Esta figura permite que la ejecución de labores y proyectos por parte de todos los funcionarios públicos sea conocida por la comunidad, teniendo la ciudadanía la oportunidad de ejercer un control social más riguroso sobre la administración, lo que presupone un instrumento idóneo para minimizar la corrupción y los malos manejos de los recursos públicos.

Este mecanismo se encontraba contemplado inicialmente en el artículo 32 de la Ley 489 de 1998 el cual fue modificado por el artículo 78 de la Ley 1474 de

2011, “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Igualmente, el desarrollo y formulación de las políticas públicas que guían la rendición de cuentas se encuentran consignadas en el documento CONPES 3654 del 12 de Abril de 2010, y en la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción, acuerdo internacional ratificado por Colombia entre otros.

Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Entre otras podrán realizar las siguientes acciones:

- a) Convocar a audiencias públicas;
- b) Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana;
- c) Difundir y promover los derechos de los ciudadanos respecto del correcto funcionamiento de la Administración Pública;
- d) Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos;
- e) Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan;
- f) Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa.

En todo caso, las entidades señaladas en este artículo tendrán que rendir cuentas de manera permanente a la ciudadanía, bajo los lineamientos de metodología y contenidos mínimos establecidos por el Gobierno Nacional, los cuales serán formulados por la Comisión Interinstitucional para la Implementación de la Política de rendición de cuentas creada por el CONPES 3654 de 2010. (Ley 1474 de 2010, Artículo 78)

En este orden de ideas, a través de la rendición de cuentas los servidores públicos informan a la sociedad así como a los demás servidores públicos, y entidades jerárquicamente superiores, detalle a detalle la labor desempeñada, la ejecución de los proyectos emprendidos, las herramientas e insumos utilizados, la forma y el procedimiento que siguieron para la consecución de los mismos y los resultados obtenidos. Lo que permitirá al receptor de la información evaluar la gestión de acuerdo a la misión, visión y plan operativo de la entidad y de la dependencia a la cual pertenece el funcionario, lo que presupone una administración pública más eficiente y eficaz.

De esta forma, la rendición de cuentas contiene tres (3) componentes primordiales o etapas a saber: (Documento CONPES 3654 de 2010, Páginas 14, 15 y 16)

Información: En esta instancia sólo es protagonista el servidor público que explica y describe las labores efectuadas y los resultados logrados con el despliegue de los proyectos a su cargo.

Dialogo: Es el momento en donde interactúan el funcionario público que rinde cuentas y los receptores de la información, en esta etapa se efectúan y esclarecen preguntas se dan opiniones, y en general se hace una retroalimentación del trabajo efectuado.

Incentivos: En esta parte se evalúa la gestión y con base en el balance que de la misma se haga, se otorgan sanciones o incentivos.

ACCIONES PÚBLICAS

Las Acciones Populares

Las acciones populares son el mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos y difusos (los relacionados con ambiente sano, moralidad administrativa, espacio público, patrimonio cultural, seguridad y salubridad pública, servicios públicos, consumidores y usuarios, libre competencia económica, etc.).

Están previstas en el primer inciso del artículo 88 de la Constitución Política de 1991,

La Ley 472 de 1998 desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política, tanto en lo relativo a las acciones populares, que estamos examinando en este aparte, como a las acciones de grupo o de clase que examinaremos después. En los párrafos siguientes cuando se mencione un artículo, corresponderá a dicha ley.

¿Cuál es la finalidad de las acciones populares?

Las acciones populares se caracterizan por poseer un carácter preventivo y restaurador de los derechos e intereses colectivos. "Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anteriores cuando fuere posible" (artículo 2º.)

¿Quiénes pueden interponer una acción popular?

La acción popular es una acción pública, lo cual significa que puede interponerla cualquier persona. La Ley 472 (artículo 12) dispone que son titulares de esta acción, esto es, están legitimados para usarla:

1. Toda persona natural o jurídica
2. Las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o similares.
3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia
4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los personeros distritales y municipales en lo relacionado con su competencia

5. Los alcaldes y los servidores públicos que den promover la protección y defensa de los derechos e interés colectivos

Para ejercitar una acción popular no se requiere actuar a través de abogado (artículo 13), cuando se interponga sin la intermediación de abogado la Defensoría del Pueblo podrá intervenir en el respectivo proceso.

¿Contra quienes se puede ejercitar una acción popular?

Las acciones populares pueden ejercitarse contra el Estado o contra los particulares, según sea quien viole o amenace los derechos o intereses colectivos. En este sentido la Ley 472 señala en su artículo 14 que "la acción popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación y omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o, interés colectivo". E incluso se puede demandar sin que estén determinados los responsables, previendo esta situación la ley agrega: "En caso de existir vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos".

¿Ante quién se puede instaurar una acción popular?

Si se adelanta contra entidades públicas o personas privadas que cumplen funciones públicas conoce la jurisdicción contencioso administrativa, concretamente en primera instancia los jueces administrativos y en segunda el Tribunal Administrativo del respectivo Departamento, hasta tanto no se creen los juzgados administrativos tendrán la competencia en primera instancia los Tribunales Administrativos y en segunda el Consejo de Estado. Si se adelanta contra particulares conoce la jurisdicción ordinaria, específicamente los jueces civiles del circuito (artículo 15 y 16). Excepcionalmente puede presentarse ante el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, quien lo remitirá inmediatamente al Juez Civil de Circuito competente.

¿Qué término existe para interponer una acción popular?

La acción popular no tiene término de caducidad, puede emplearse en cualquier tiempo.

¿Qué debe contener la demanda de acción popular?

1. La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado.
2. La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan la petición
3. La enunciación de las pretensiones.
4. El señalamiento de la persona natural o jurídica, o la autoridad pública responsable de la amenaza o agravio si acaso fuese posible determinarla.
5. Las pruebas que se pretenda hacer valer
6. Las direcciones para notificaciones
7. Nombre e identificación de quien ejerce la acción.

¿Qué características tiene la sentencia que se dicta respecto de una acción popular?

En cuanto a sus efectos, la sentencia es cosa juzgada respecto de las partes y el público en general (artículo 35). En cuanto a su contenido, si es favorable: da una orden de hacer o no hacer. Además se podrá condenar al pago de perjuicios a favor de la entidad pública que cuida del bien protegido para que se realicen las conductas necesarias para el restablecimiento.

Se establecerá además un incentivo para el actor: 10 a 150 Salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se protege moralidad administrativa el incentivo será del 15% de lo recuperado, dicho incentivo es una especie de premio que se otorga al actor popular (artículo 39)

La Acción de Tutela

La acción de tutela es el mecanismo de protección de los derechos fundamentales. La constitución de 1991 la establece en los siguientes términos:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

"La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

"Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

"En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

"La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión".

La acción de tutela fue desarrollada por el Decreto Extraordinario 2591 de 1991, el cual a su vez fue reglamentado por el Decreto 306 de 1992. En lo que sigue se aprecian los principales aspectos de la acción de tutela. Lo demás puede ser ampliado con el estudio de los decretos mencionados y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

¿Cuál es la finalidad de la acción de tutela?

La tutela está instituida para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales.

¿Qué condiciones debe presentar el derecho que se busca proteger para que proceda la acción de tutela?

Para que la tutela sea procedente deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Que se trate de la violación de un derecho fundamental
2. Que se trate de una violación no consumada definitivamente o de una amenaza de violación

¿Quién puede interponer la acción de tutela?

La acción de tutela debe ser ejercida por la persona (natural o jurídica) directamente afectada en sus derechos fundamentales (salvo los casos de representación o de agencia oficiosa).

Los personeros pueden interponer acciones de tutela cuando lo hagan a nombre de una persona que así lo solicite, o cuando la persona esté en condición de amparo o indefensión (T-420/97)

¿Contra quién se puede ejercitar la acción de tutela?

La acción de tutela puede ejercitarse contra las autoridades públicas o contra particulares.

Según se desprende de la norma transcrita la tutela procede, en principio, cuando la autoridad pública con una acción u omisión viola un derecho fundamental. Pero dicha violación también puede provenir de un particular, en dicho evento cabe acción de tutela si dicha persona particular presta servicios públicos o afecta el interés colectivo, o hay subordinación o indefensión con respecto a él.

¿Cuándo no procede la acción de tutela?

- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales
- Cuando se pueda proteger el derecho invocando el Habeas Corpus
- Cuando se busca proteger un derecho colectivo, excepto que sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando se presenta conexidad entre el derecho colectivo y uno fundamental del demandante.
- Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo que esté continúe.
- Cuando se interpone contra actos de carácter general, impersonal y abstracto.
- Cuando se interpone contra providencias judiciales no procede por regla general, pero sí excepcionalmente, cuando estas constituyan una vía de hecho.

¿Puede utilizarse la acción de tutela a pesar de que existan otros mecanismos para proteger el derecho fundamental violado?

La tutela es un mecanismo de protección subsidiario, ello significa que procede cuando no se disponga de otros medios de defensa. No obstante, se puede utilizar la tutela aunque haya otro mecanismo cuando:

- El otro medio ya se agotó y no sirvió
- El otro medio existe, pero se acude a la tutela para evitar un perjuicio irremediable * (el fallo es transitorio).
- El medio existe, pero no goza de eficacia similar a la tutela

La Veamos cómo opera la subsidiariedad de la tutela, respecto de otros medios de defensa de los derechos fundamentales, conforme a los criterios que ha establecido ya la Corte Constitucional:

- La acción de tutela también puede ser desplazada por medios de defensa que no estén adscritos a funcionarios judiciales, si mediante ellos se administra justicia. Ejemplo: la conciliación entre particulares, el arbitramento y aquellos mecanismos dirigidos por autoridades administrativas conforme a la ley, tales como los juicios civiles de policía. (T-397).

- La tutela no es el mecanismo idóneo para resolver conflictos contractuales (T-340/97).

- La tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el cumplimiento de una conciliación donde se convengan asuntos laborales (T-020/97).

- La tutela no es el mecanismo idóneo para debatir asuntos que correspondan a otras jurisdicciones (SU 111/97)

- La tutela protege excepcionalmente derechos económicos, sociales y culturales, si en el caso concreto, tienen conexidad con "pretensiones amparables a través de la acción de tutela" (SU111/97).

- La tutela no es procedente para proteger los derechos en situaciones de maltrato familiar en tanto la Ley 294 de 1996 establece medios de defensa judicial expresos y ágiles. (T-420/96).

- La tutela no reemplaza a las acciones contencioso administrativas (T - 346/96)

- La tutela no reemplaza a las acciones populares (T 354/96)

¿Cuándo procede de forma transitoria la tutela?

Cuando existe otro mecanismo para la protección del derecho, pero la violación de este reviste tal gravedad que es necesario acudir al uso de la tutela por ser un instrumento de protección más ágil para poder evitar un perjuicio irremediable.

El perjuicio es irremediable cuando se cumplen las siguientes condiciones:

a. Que sea inminente, o sea que esté por suceder prontamente

b. Que las medidas que se requieran para conjurarlo sean de carácter urgente, dado la prontitud o inminencia del suceso que está por realizarse.

c. Que sea grave, esto es, que el daño sea de una gran intensidad o menoscabo material o moral en detrimento del afectado.

¿Ante quién se puede instaurar una acción de tutela?

Ante cualquier juez de la República. Esto requiere más explicación:

En primera instancia los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar de los hechos. Existe una excepción: las tutelas contra los medios de comunicación deben ser presentadas ante los jueces de circuito.

¿Qué contenido debe tener la solicitud de tutela?

1. Acción u omisión que la motivan, es decir, acción u omisión que viola el derecho fundamental.
2. Derecho que se considera violado o amenazado.
3. Nombre de la autoridad pública si fuese posible
4. Nombre y lugar de la residencia del solicitante
5. No es necesario citar la norma constitucional
6. Puede presentarse sin formalidades
7. No se requiere actuar a través de abogado
8. Puede presentarse verbalmente.

Como puede apreciarse, se trata de una solicitud informal.

¿Qué características tiene el procedimiento por el cual se tramita la acción de tutela?

Es un procedimiento preferente, esto es, el juez debe darle prevalencia por encima de los demás asuntos que tenga a su cargo, salvo respecto del mecanismo de protección de derechos denominado habeas corpus.

El trámite de la tutela también se caracteriza por su sumariedad, lo cual significa que es corto y ágil.

Además es un procedimiento que se rige por los siguientes principios:

Publicidad
Prevalencia del derecho sustancial
Economía
Celeridad
Eficacia
Interpretación de acuerdo con tratados internacionales

¿Cuándo se puede interponer una acción de tutela?

Cualquier día a cualquier hora, aun cuando está operando un estado de excepción.

¿Qué debe disponer el juez en el fallo de tutela?

Para poder garantizar al afectado el pleno ejercicio del derecho vulnerado o protegerlo respecto de la amenaza del derecho fundamental el juez de tutela tiene las siguientes posibilidades.

- Ordenar el restablecimiento del derecho volviendo al estado anterior a la violación, si ello fuere posible.
- Si la vulneración al derecho fundamental proviene de una omisión, se ordenará realizar el acto correspondiente o la acción adecuada. Para lo cual el juez podrá señalar un plazo perentorio no mayor de 48 horas
- Si la vulneración del derecho fundamental proviene de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza el juez ordenará su cesación inmediata y también ordenará evitar toda nueva violación, amenaza, perturbación o restricción.

¿Cabén recursos contra el fallo de tutela?

El fallo de tutela es susceptible de impugnación, este recurso podrá ser interpuesto por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente. La impugnación consiste en la solicitud de que el superior jerárquico revise la decisión, además de esto la Corte Constitucional realiza una revisión eventual de los fallos de tutela, esto significa que no todos son revisados por dicho organismo, sólo elige algunos de ellos.

Las Acciones de Clase o de Grupo

La segunda parte del artículo 88 de la Constitución Política se refiere a un mecanismo cercano a las acciones populares pero diferenciables, se trata de las llamadas acciones de grupo o de clase. Fueron consagradas en el inciso segundo del artículo 88 de la Carta Política, enseguida de las acciones populares, dice que la ley,

"También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares".

¿Cuál es la finalidad de las acciones de grupo o de clase?

Estas acciones están instituidas para proteger a un grupo de personas que han sido afectadas por la misma causa. La identidad del grupo la determina el daño. El número de personas debe ser de 20 o más.

Su finalidad es por consiguiente reparadora, tienen carácter indemnizatorio, con ellas se puede conseguir el pago de una suma de dinero para reparar los daños ocasionados.

Tienen una gran utilidad, garantizan la economía procesal, pues con su uso se evita que el mismo asunto se ventile mediante procesos individuales (sustituyen una acumulación subjetiva de pretensiones).

¿Quién puede instaurar una acción de clase o de grupo?

Cualquier persona perteneciente al grupo afectado, por consiguiente puede afirmarse que este tipo de acciones son de carácter privado, pues no la puede instaurar una persona que no pertenezca a dicho grupo. Este mecanismo requiere ser ejercido mediante abogado.

¿A quién se puede demandar en ejercicio de una acción de clase o de grupo?

Al igual que sucede con las acciones populares, puede demandarse al Estado, a los particulares que ejercen una función pública o a los particulares que ejercen una actividad privada, según quien sea el responsable del daño al número plural de personas.

¿Ante quién se demanda?

Si el presunto responsable del daño es el Estado o un particular que ejerce función pública, el juez que conoce del asunto es el contencioso administrativo, en la actualidad el Tribunal Administrativo del respectivo Departamento. Si el responsable es una persona particular que no ejerce función pública sino una actividad de carácter privado el juez indicado es el juez ordinario, concretamente un juez civil de circuito.

¿Cuánto tiempo se tiene para demandar?

Los perjudicados cuentan con un término de dos años para demandar, este es el término de caducidad de la acción de clase, dicho término se cuenta desde la fecha en que se causó el daño o terminó la acción vulnerante causante del mismo.

¿Qué dispone la sentencia?

Si el juez encuentra probada la responsabilidad, condenará al demandado al pago de una indemnización a favor del grupo afectado y señalará los requisitos que deben cumplir los beneficiarios para reclamar la indemnización correspondiente. En cuanto a los efectos del fallo la ley dispone que "tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte en el proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las resultas del proceso".

La Acción de Cumplimiento

La Constitución Política de 1991 la consagra así:

"Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

La acción de cumplimiento fue desarrollada mediante la ley 393 de 1997. A continuación se analizan los aspectos más importantes de este mecanismo, para un estudio más amplio de la acción de cumplimiento recomendamos examinar la ley 393 de 1997 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

¿Cuál es la finalidad de la acción de cumplimiento?

La acción de cumplimiento es reconocida en la Constitución Política como uno de los mecanismos de protección de derechos, y es común la creencia de que es el mecanismo protectivo por excelencia de los derechos sociales, económicos y culturales, sin embargo esta acción no es de modo directo un mecanismo de protección de derechos, sino del principio de legalidad y eficacia del ordenamiento jurídico.

La intención del constituyente al instituir la acción de cumplimiento se denota en las siguientes palabras:

"... En el Estado de derecho uno de los postulados fundamentales es el del respeto por la ley, el de la vigencia de la ley, el del imperio de la ley. Las leyes no pueden seguir siendo diagnósticos, no pueden seguir siendo sueños, no pueden seguir siendo buenas intenciones, no pueden seguir siendo románticas declaraciones. Una ley es por definición una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, entonces, lo que estamos haciendo aquí es expresar eso, porque no podemos seguir construyendo carreteras a base de decir que se ordenen carreteras. Pero siquiera permitir la posibilidad, para mí inimaginable de que la ley pueda seguir siendo algo que el Congreso decreta, pero que el gobierno se reserva el derecho de cumplir o no cumplir, según considere que es conveniente, oportuno o financieramente viable, me parece absolutamente inaceptable".

¿Cuáles son las normas que se pueden hacer cumplir a través de la acción de cumplimiento?

Conforme indica el artículo 1 de la Ley 393 de 1998, este mecanismo jurisdiccional cabe para solicitar el cumplimiento de normas con fuerza material de ley y actos administrativos. No puede utilizarse para solicitar el cumplimiento de las normas constitucionales.

Las normas con fuerza material de ley, son todas aquellas que son leyes o se parecen a estas en tanto constituyen una norma de carácter general, abstracto e impersonal. Lo cual significa que vinculan a una generalidad de personas, no a nadie en particular, no definen una situación concreta para alguien ni se dirigen a las personas de manera determinada. Además, las normas con fuerza material de ley se dictan en ejercicio de la función legislativa del poder público.

En Colombia se entiende por acto administrativo una declaración de voluntad que se dicta en ejercicio de la función administrativa, existen actos administrativos de carácter general, es decir que establecen una norma que va dirigida a una generalidad de personas no a ninguna en especial, y actos administrativos particulares, los cuáles son aquellos que deciden algo en relación con una persona o grupo de personas en concreto.

Lastimosamente la Ley 393 no estableció la posibilidad de utilizar la acción de cumplimiento para garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales. La Corte Constitucional en la sentencia C.157 de abril 29 de 1998, en la cual podría haberse referido al tema, pues se ocupó entre otros del artículo 1 de la ley, admitió que dicha acción no cabe para lograr el cumplimiento de los mandatos constitucionales, los Magistrados que salvaron el voto expresaron al respecto lo siguiente: "Con la ley 393 de 1998, concluyen los magistrados "tenemos la paradoja de que la norma superior -la Constitución carece de un mecanismo judicial para su realización mientras que disposiciones de menor jerarquía, como

las leyes y actos administrativos, sí son susceptibles de ser realizadas gracias a la acción de cumplimiento. Y lo más paradójico es que la Corte Constitucional, que es la guardiana de la integridad y la supremacía de la Carta (C.P., artículo 241) haya permitido esa especie de discriminación contra el cumplimiento de la propia Constitución".

¿Qué condiciones debe cumplir la norma que pretende hacerse cumplir a través de la acción de cumplimiento?

a. Que aparezca en ella una obligación que deba cumplirse.

b. Que no haya otro mecanismo judicial

"la acción de cumplimiento no procederá para la protección de los derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela. En estos eventos, el juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente" (artículo 9 Ley 393/97).

c. Que la norma no establezca gastos (parágrafo artículo 9 Ley 393/97, C-157/98).

La última condición reseñada es muy cuestionable, se trata quizá de la norma más criticada de la Ley 393. Su presencia hace perder casi toda la importancia a la acción de cumplimiento. Va en contra de la intención del constituyente al incluir la acción de cumplimiento en la Constitución. Casi que se podría afirmar la acción de cumplimiento se creó para hacer cumplir las promesas de bienestar para la comunidad que precisamente porque implican erogaciones "se prometen" y se "incumplen".

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta norma, dejando moribunda la acción de cumplimiento, con la interpretación de que las normas relativas a gastos no son obligatorias. Lo cual precisó de esta manera:

"Las órdenes de gasto contenidas en las leyes, por sí mismas, no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la administración, correlativos deberes de gasto. No puede, en consecuencia, extenderse a este componente de las normas legales, la acción de cumplimiento. La aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria, pero no suficiente para poder llevarlo a cabo. En efecto, según el artículo 345 de la Constitución Política, no puede hacerse erogación alguna con cargo al tesoro que no se halle incluida en la ley de presupuesto. Igualmente, corresponde al gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto (C.P. artículo 346).

"Finalmente, las partidas incorporadas en la ley anual del presupuesto, no corresponden a gastos que "inevitablemente" deban efectuarse por la administración, puesto que su carácter es el de constituir "autorizaciones máximas de gasto". El artículo 347 de la Carta Política, en punto a las apropiaciones del presupuesto precisa que en ellas se contiene "la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva". De ninguna manera se deriva de la Constitución el deber o la obligación de gastar, aún respecto de las apropiaciones presupuestales aprobadas por el congreso". Concluye la Corte que una interpretación contraria quebrantaría "el sistema presupuestal diseñado por el constituyente, lo mismo que el orden de

competencias y procedimientos que lo sustentan". (Sentencia C-157 de abril 29 de 1998. M.P.: Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara).

¿Quién puede demandar en ejercicio de la acción de cumplimiento?

El artículo 4º de la ley 393 indica que podrá ser instaurada por cualquier persona. No obstante que la norma se refiera a cualquier persona, puede inferirse que la acción de cumplimiento tiene un carácter mixto, es pública pero en algunos casos es privada. Si el incumplimiento versa sobre una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo de carácter general la acción obviamente puede instaurarse por cualquier persona, pero si se trata de un acto administrativo particular habría que precisar, pues cuando el incumplimiento de un acto administrativo produce perjuicio para una persona determinada no tiene sentido que cualquiera esté legitimado para reclamar su cumplimiento, sólo ella tiene un interés directo en el cumplimiento de dicho acto (salvo que se trate de un menor o de una persona que no se encuentra en capacidad de instaurar la acción). Cosa contraria sucede si el referido acto, a pesar de ser particular entrañara beneficio para la colectividad y contrario sensu su incumplimiento perjuicio al interés público, en ese evento si puede hablarse de la acción de cumplimiento como una acción pública a pesar de que verse sobre un acto particular.

En síntesis la legitimación para demandar puede determinarse así: si el incumplimiento afecta el interés público o colectivo puede ejercitarla cualquier persona, si afecta a una o una personas en particular, afectando derechos subjetivos, es decir, derechos que dichas personas poseen en forma individual, sólo esta o éstas podrán utilizarla.

¿Contra quiénes se puede interponer una acción de cumplimiento?

Contra el Estado: procede contra cualquier autoridad que incumpla la ley o un acto administrativo, sin que importe la rama del poder público a la cual pertenezca, y sin que pueda limitarse su ejercicio respecto de aquellas que tienen la calidad de administrativa (C- 157/98)

Contra particulares: si estos ejercen funciones públicas.

¿Cuál es el término para hacer uso de la acción de cumplimiento?

La acción de cumplimiento no tiene término de caducidad por regla general. Lo cual significa que puede interponerse en cualquier tiempo.

¿Ante quién se puede instaurar la acción de cumplimiento?

La Ley 393 asignó la competencia para conocer de la acción de cumplimiento a la jurisdicción contencioso administrativa, los jueces pertenecientes a esta jurisdicción son los encargados en Colombia de controlar el ejercicio de la función administrativa. Las competencias fueron distribuidas así por la ley:

En primera instancia conocen los Jueces Administrativos con competencia en el domicilio del demandante y los Tribunales Administrativos en la segunda, hay un Tribunal Administrativo en cada Departamento. Los juzgados administrativos aún no han sido conformados, hasta tanto no se creen dichos juzgados seguirán

conociendo los Tribunales Administrativos en primera instancia y el Consejo de Estado en la segunda.

Los jueces civiles del circuito en el caso de la acción de cumplimiento en asuntos urbanísticos pues hay norma especial, Ley 388 de 1997.

¿Se requiere cumplir con algún requisito previo para poder demandar en acción de cumplimiento?

Sí, es necesario realizar un requerimiento previo a quien está incumpliendo la norma con fuerza material de ley o el acto administrativo que se pretende hacer cumplir.

¿Qué contenido debe tener la solicitud de cumplimiento?

La solicitud deberá contener los siguientes aspectos:

1. El nombre, identificación y lugar de residencia de la persona que instaura la acción.
2. La determinación de la norma con fuerza de ley o acto administrativo incumplido.
3. La narración de los hechos constitutivos de incumplimiento
4. La determinación de la autoridad o particular incumplido
5. Prueba de la renuencia
6. Solicitud de prueba y enunciación de las que se pretendan hacer valer
7. La manifestación de no haber presentado otra solicitud respecto de los mismos hechos o derechos ante ninguna otra autoridad,

La solicitud podrá presentarse verbalmente cuando el solicitante no sepa leer ni escribir o sea menor de edad o se encuentre en situación de urgencia extrema.

¿Qué características tiene el procedimiento por medio del cual se tramita la acción de cumplimiento?

El artículo 2º de la Ley 393 de 1997 establece los principios aplicables a la acción de cumplimiento. Dispone que una vez presentada la demanda, el trámite se desarrollará en forma oficiosa, es decir el impulso del proceso correrá a cargo del juez, y según los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad.

Los términos del procedimiento son perentorios e improrrogables, el juez dará prelación a la acción de cumplimiento, para lo cual deberá posponer cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo la acción de tutela.

En aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el juez podrá ordenar el cumplimiento del deber omitido, prescindiendo de consideraciones formales cuando las pruebas presentadas con la solicitud evidencien una grave o inminente violación de un derecho por el incumplimiento.

¿Qué debe disponer el fallo de cumplimiento?

El fallo deberá contener (artículo 21 Ley 393 de 1997):

1. La identificación del solicitante
2. La determinación de la obligación incumplida
3. La identificación de la autoridad de quien provenga el incumplimiento.
4. La orden a la autoridad renuente de cumplir el deber omitido
5. Un plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, el cual no podrá ser mayor de diez días hábiles. Si fuese necesario más tiempo el juez lo determinará previa justificación en la motivación de la sentencia.
6. Orden a las autoridades de control correspondientes para que se determine la responsabilidad penal o disciplinaria en la que se haya incurrido con el incumplimiento.
7. Si hubiese lugar la condena en costas.

Si el juez no accede a lo pretendido por el actor en el fallo negará la petición advirtiéndole que no podrá instaurarse nueva acción con la misma finalidad.

¿Caben recursos contra el fallo de cumplimiento?

La sentencia dictada respecto de una acción de cumplimiento podrá impugnarse por el solicitante, por la autoridad renuente (es decir, el demandado) o por el representante de la entidad a la que esté pertenezca y por el defensor del pueblo (artículo 26 Ley 393 de 1997).

Habeas Corpus

Artículo 1º. Definición. El Hábeas Corpus es un derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue ilegalmente. Esta acción únicamente podrá invocarse o incoarse por una sola vez y para su decisión se aplicará el principio pro homine.

El Hábeas Corpus no se suspenderá, aun en los Estados de Excepción.

Artículo 2º. Competencia. La competencia para resolver solicitudes de Hábeas Corpus se establecerá de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Son competentes para resolver la solicitud de Hábeas Corpus todos los jueces y tribunales de la Rama Judicial del Poder Público.
2. Cuando se interponga ante una Corporación, se tendrá a cada uno de sus integrantes como juez individual para resolver las acciones de Hábeas Corpus.

Si el juez al que le hubiere sido repartida la acción ya hubiere conocido con antelación sobre la actuación judicial que origina la solicitud de Hábeas Corpus, deberá declararse impedido para resolver sobre esta y trasladar las diligencias, de inmediato, al juez siguiente ¿o del municipio más cercano¿ de la misma jerarquía, quien deberá fallar sobre la acción dentro de los términos previstos para ello.

Artículo 3º. Garantías para el ejercicio de la acción constitucional de Hábeas Corpus. Quien estuviera ilegalmente privado de su libertad tiene derecho a las siguientes garantías:

1. Invocar ante cualquier autoridad judicial competente el Hábeas Corpus para que este sea resuelto en un término de treinta y seis (36) horas.
2. A que la acción pueda ser invocada por terceros en su nombre, sin necesidad de mandato alguno.
3. A que la acción pueda ser invocada en cualquier tiempo, mientras que la violación persista.

Para ello, dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Consejo Superior de la Judicatura reglamentará un sistema de turnos judiciales para la atención de las solicitudes de Hábeas Corpus en el país, durante las veinticuatro (24) horas del día, los días feriados y las épocas de vacancia judicial.

4. A que la actuación no se suspenda o aplaze por la interposición de días festivos o de vacancia judicial.
5. A que la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación invoquen el Hábeas Corpus en su nombre.

Artículo 4°. *Contenido de la petición.* La petición de Hábeas Corpus deberá contener:

1. El nombre de la persona en cuyo favor se instaura la acción.
2. Las razones por las cuales se considera que la privación de su libertad es ilegal o arbitraria.
3. La fecha de reclusión y el lugar donde se encuentra la persona privada de la libertad.
4. Si se conoce el nombre y cargo del funcionario que ha ordenado la privación de la libertad de la persona o personas en cuyo favor se actúa.
5. El nombre, documento de identidad y lugar de residencia del solicitante.
6. La afirmación, bajo la gravedad del juramento; que se considerará prestado por la presentación de la petición, de que ningún otro juez ha asumido el conocimiento de la solicitud de Hábeas Corpus o decidido sobre la misma.

La ausencia de uno de estos requisitos no impedirá que se adelante el trámite del Hábeas Corpus, si la información que se suministra es suficiente para ello.

La acción podrá ser ejercida sin ninguna formalidad o autenticación. Podrá ser entablada verbalmente. No será necesario actuar por medio de apoderado.

Artículo 5°. *Trámite.* En los lugares donde haya dos (2) o más autoridades judiciales competentes de la misma categoría, la petición de Hábeas Corpus se someterá a reparto inmediato entre dichos funcionarios. La autoridad judicial a quien corresponda conocer del Hábeas Corpus no podrá ser recusada en ningún caso; una vez recibida la solicitud, se podrá decretar una inspección a las diligencias que pudieren existir en el asunto que dio origen a la petición.

También podrá solicitar del respectivo director del centro de reclusión, y de las autoridades que considere pertinentes, información urgente sobre todo lo concerniente a la privación de la libertad. La falta de respuesta inmediata a estas solicitudes constituirá falta gravísima.

La autoridad judicial competente procurará entrevistarse en todos los casos con la persona en cuyo favor se instaura la acción de Hábeas Corpus. Para ello se podrá ordenar que aquella sea presentada ante él, con el objeto de entrevistarla y verificar los hechos consignados en la petición. Con este mismo fin, podrá trasladarse al lugar donde se encuentra la persona en cuyo favor se instauró la acción, si existen motivos de conveniencia, seguridad u oportunidad que no aconsejen el traslado de la persona a la sede judicial.

Con todo, la autoridad judicial podrá prescindir de esa entrevista, cuando no la considere necesaria. Los motivos de esta decisión deberán exponerse en la providencia que decida acerca del Hábeas Corpus.

Artículo 6°. *Decisión.* Demostrada la violación de las garantías constitucionales o legales, la autoridad judicial competente inmediatamente ordenará la liberación de la persona privada de la libertad, por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno.

Artículo 7°. *Impugnación.* La providencia que niegue el Hábeas Corpus podrá ser impugnada, dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la notificación. La impugnación se someterá a las siguientes reglas:

1. Presentada la impugnación, el juez remitirá las diligencias dentro de las siguientes veinticuatro (24) horas al superior jerárquico correspondiente. El expediente será repartido de manera inmediata y habrá de ser fallado dentro de los tres (3) días hábiles siguientes.

2. Cuando el superior jerárquico sea un juez plural, el recurso será sustanciado y fallado integralmente por uno de los magistrados integrantes de la Corporación, sin requerir de la aprobación de la sala o sección respectiva. Cada uno de los integrantes de la Corporación se tendrá como juez individual para resolver las impugnaciones del Hábeas Corpus.

Artículo 8°. *Improcedencia de las medidas restrictivas de la libertad.* La persona privada de la libertad con violación de las garantías consagradas en la Constitución o en la ley, no podrá ser afectada con medida restrictiva de la libertad mientras no se restauren las garantías quebrantadas. Por tanto, son inexistentes las medidas que tengan por finalidad impedir la libertad del capturado cuando ella se conceda a consecuencia del Hábeas Corpus.

Artículo 9°. *Iniciación de la investigación penal.* Reconocido el Hábeas Corpus, la autoridad judicial compulsará copias para que el funcionario competente inicie las investigaciones a que haya lugar, sin detrimento de las acciones legales restauradoras de perjuicios que estime adelantar el afectado.

Artículo 10. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga en lo pertinente a toda aquella que le sea contraria.

CONTRATACION ESTATAL

Los Contratos Estatales

Los contratos Estatales son definidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, como todo acto jurídico generador de obligaciones en el que una de las partes sea una entidad pública, cuya descripción o tipificación se encuentre en las normas civiles, comerciales, especiales o las previstas en el mismo cuerpo normativo. La misma norma determina cuales son entidades públicas, enumerándolas, de la siguiente forma: La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Igualmente la Ley 1150 de 2007, que modificó la Ley 80 de 1993, determina que están sometidas al estatuto contractual las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales y las Corporaciones Autónomas Regionales.

Están exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación las entidades que en virtud de normas constitucionales o legales cuentan con régimen de contratación propio, en esta categoría se incluyen los Entes Autónomos Universitarios (Art. 69 C.P. y ley 30 de 1992), el Banco de la República (Ley 31 de 1992), las Empresas Sociales del Estado (Ley 100 de 1993),

las Empresas oficiales o estatales de servicios públicos (Ley 42 de 1994). No obstante lo anterior, la Ley 1150 de 2007 determinó que a dichas entidades les son aplicables los principios que rigen la contratación pública contenidos en la Ley 80 de 1993. La misma Ley 1150, exceptuó del ámbito de aplicación del Estatuto Contractual las siguientes entidades del sector defensa: SATENA, INDUMIL, el Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial - COTECMAR- y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana -CIAC-.

De otra parte la Ley 1474 de 2011, estableció que a las Empresas Industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, sus filiales, así como las sociedades entre entidades públicas, les son aplicables las normas del Estatuto Contractual, salvo que en desarrollo de sus actividades comerciales o industriales se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o en mercados regulados.

La Ley 80 de 1993 estableció un nuevo modelo de contratación pública, en primer término al denominar de manera genérica como contratos estatales los contratos que celebra la administración pública, esta categoría es importante en la medida en que se puso fin a la distinción entre contratos administrativos y de derecho privado de la administración, diferencia que se fundaba en la inclusión dentro del contrato de la cláusula de caducidad, la cual a su vez determinaba que se trataba de un contrato administrativo. Así las cosas, antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, las controversias contractuales surgidas en los contratos privados de la administración eran dirimidos por la jurisdicción civil y los contratos administrativos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Como pilar del Estatuto Contractual están los fines que se persiguen con la contratación estatal, que se determinan así: “las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”

Derivado de los fines, se fijan los principios bajo los cuales se debe desarrollar la contratación pública, por lo cual se procede a analizarlos. En primer término y dado que se trata de un Estatuto que rige la contratación pública, se deben aplicar los principios constitucionales de la función administrativa: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, así se desprende de la lectura del artículo 23 de la Ley 80, al mencionar que las actuaciones en materia de contratación pública se rigen por los postulados de la función administrativa.

Igualmente el Estatuto Contractual, a diferencia del Decreto ley 222 de 1983 que contenía fundamentalmente reglas de contratación, es un conjunto de principios y normas que rigen el accionar de la administración pública, esta nueva visión

es importante para las entidades que contratan bajo el amparo de la ley 80, en razón a que sus decisiones deben estar basadas no solo en las disposiciones sobre una situación particular, sino también deben irradiar su accionar y en caso de duda o conflicto, se debe acudir a los principios que orientan la contratación. Adquiere relevancia en este contexto, el análisis de los principios que rigen la contratación pública, por lo que se procede a su análisis.

Los principios de la administración pública son aplicables a la contratación estatal por tratarse ésta de una modalidad de gestión pública, así lo expresó la Corte Constitucional en sentencias C- 449 de 1992 y C-088 de 2000, manifestando que los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, contenidos en el artículo 209 de la Constitución, son parámetros de actuación de la función pública y constituyen el núcleo axiológico de la filosofía del Estado social de Derecho.

El artículo 23 del Estatuto Contractual, establece que “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad (...)”, aunque la Ley no los define expresamente, ni señala su alcance, el desarrollo de estos principios se encuentra en las disposiciones contenidas en todo el cuerpo normativo del Estatuto y el análisis de cada uno de ellos hay que efectuarlo en las normas que los integran.

Principio de Transparencia: De acuerdo con este principio, contenido en el artículo 24 del Estatuto Contractual, las entidades públicas para la selección de sus contratistas deben adelantar procesos públicos, siendo la regla general la Licitación Pública, con excepción de otras modalidades de selección (selección abreviada, concurso, contratación directa), la misma norma determina que en caso de acudir a otra forma de selección, diferente a la licitación, las entidades deben justificar jurídicamente su decisión.

La importancia de la Licitación Pública como procedimiento general de escogencia de los contratistas se encuentra fundamentalmente en que es una modalidad de selección que debe ser pública en todas sus etapas y por lo tanto la administración está en la obligación de dar a conocer todas sus actuaciones en el desarrollo de la misma, las disposiciones aplicables al procedimiento son regladas en todas sus fases, los factores de escogencia del contratista deben ser objetivos y estar señalados en los pliegos de condiciones, estos aspectos que hacen de la licitación la forma de selección que garantiza los principios constitucionales de igualdad y buena fe.

La Corte Constitucional ha señalado que el principio de transparencia contenido en las normas de contratación pública, es un desarrollo de los principios de la función administrativa, igualdad y buena fe, señaló la Corte en sentencia C-887 de 2002, lo siguiente:

“De otra parte, según lo dispuesto en el artículo 209 Superior, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme al principio de igualdad, que en el campo de la contratación estatal se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una manifestación del principio constitucional de la buena fe (CP art 83), pues le impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista.”

Como se mencionaba anteriormente, un desarrollo del principio de transparencia impone a la administración la obligación de dar publicidad a todas sus actuaciones en relación con los procesos de selección, en este aspecto es importante destacar que el decreto 2474 de 2008, que reglamenta las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, determina los actos y documentos que deben ser publicados por las entidades cuando adelanten procesos de selección, entre los cuales se encuentran: la convocatoria pública, el proyecto de pliego de condiciones, el acto de apertura del proceso, el pliego de condiciones definitivo, las adendas, las observaciones a los informes de evaluación de las propuestas, las decisiones que adopte la administración en cada etapa, el acto de adjudicación, el contrato celebrado, entre otros.

La relevancia que adquiere la publicidad de las actuaciones en materia de contratación estatal radica en la posibilidad que tienen todos los interesados en el proceso de selección de conocer y controvertir los documentos y decisiones de la administración, es así como una vez publicados el proyecto de pliego de condiciones, documento mediante el cual la administración fija las condiciones y requisitos de la contratación a adelantarse, la Ley concede a los potenciales oferentes unos plazos para que puedan presentar sus observaciones y la entidad está en la obligación de dar respuesta a cada una de ellas, igual sucede con el pliego de condiciones definitivo.

Esta posibilidad de controvertir las condiciones contenidas en el proyecto de pliego o en el pliego de condiciones permite a la administración corregir sus posibles errores, por ejemplo, en el caso de una contratación para la adquisición de equipos de cómputo, en donde se han establecido unas condiciones técnicas mínimas para los bienes, es posible que quienes estén interesados en el mercado sugieran mejorar las especificaciones técnicas mínimas, lo cual puede redundar para la administración en un beneficio en la medida en que por el mismo costo pueden adquirir un equipo de mejores condiciones técnicas, en esa medida, la entidad pública interesada en la contratación puede modificar bien sea en el pliego definitivo, si aún no se ha publicado, o mediante adenda establecer las nuevas características del bien a contratar. Es importante

destacar que las modificaciones realizadas no pueden cambiar sustancialmente la contratación a realizar, por ejemplo en un proceso para la adquisición de uniformes, no es posible cambiar las especificaciones técnicas para adquirir botas de campaña, en consecuencia la variación que se haga debe estar acorde con la contratación inicialmente planteada.

Continuando con el principio de transparencia de las actuaciones en materia de contratación, la entidad pública que adelanta el proceso de selección debe publicar el informe de evaluación que se haga de las propuestas presentadas dentro del mismo, concediendo a su vez a los participantes la oportunidad para controvertir la evaluación realizada, esta posibilidad de presentar observaciones a dicho informe tiene una relación directa con el principio enunciado en la medida en que imponen a la administración la obligación de sustentar su calificación de acuerdo a los parámetros objetivos previamente señalados en el pliego de condiciones y la posibilidad a los particulares de conocerla y controvertirla. En este caso es relevante mencionar que la publicación del informe de evaluación, el término en el cual dicho informe debe estar disponible para todos los oferentes y la posibilidad de controversia del mismo, son también un mecanismo de control para la administración, ya que le permite a las entidades públicas revisar la calificación realizada y confirmar o modificar el informe evaluativo de las propuestas.

Principio de Economía: El desarrollo de este principio que rige la contratación estatal está delimitado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, cuyos aspectos fundamentales son:

- a. Los pliegos de condiciones deben señalar plazos y etapas que permitan a la entidad la escogencia objetiva del contratista, estos plazos son preclusivos y perentorios, esto quiere decir que no es posible revivir o devolver actuaciones que ya se han surtido dentro de proceso.
- b. Los trámites contractuales deben adelantarse con austeridad de tiempo, los plazos y requisitos contenidos en las normas se deben interpretar en el sentido de evitar trámites distintos a los estrictamente fijados en la Ley.
- c. Para abrir procesos de selección de contratistas es requisito previo la disponibilidad de recursos para atender el gasto.
- d. Los actos y trámites que se surtan en los procesos de contratación estatal no estarán sujetos a revisión o control por parte de organismos externos de control. Igualmente al interior de las entidades las decisiones adoptadas en la selección de los contratistas o los contratos celebrados no deberán ser convalidados o revisados posteriormente por instancias ni podrá solicitarse para su ejecución requisitos diferentes a los fijados en la Ley.
- e. Está prohibido solicitar documentos autenticados u originales, reconocimiento de firmas o cualquier otra forma de formalidad no expresamente solicitada en la Ley. Esto significa que si la Ley determina, por ejemplo, que un documento expedido en el exterior debe ser legalizado o apostillado, se debe cumplir con dicha ritualidad, pero si no hay disposición legal que así lo señale, las entidades estatales no pueden solicitarlo de esa manera para efectos de los procesos de contratación pública.

Principios de responsabilidad: El Estatuto Contractual en su artículo 26 enuncia los elementos que integran el principio de responsabilidad en materia de contratación estatal, así:

a. Los servidores públicos están obligados a hacer cumplir los fines de la contratación estatal, por lo tanto responden por los hechos y omisiones antijurídicas o actuaciones gravemente culposas que les sean imputables, en relación con los procesos contractuales en los cuales hayan intervenido.

b. La responsabilidad en materia de contratación estatal recae en el jefe o representante legal de la entidad pública contratante y tienen a su cargo la dirección y manejo de esta actividad. Es importante señalar que tanto en el Estatuto Contractual, como en el Decreto Ley 2150 de 1995 y la Ley 489 de 1998, se faculta a los representantes legales de las entidades públicas para delegar parte de sus funciones, incluida la de contratación, sin embargo es esta materia las mismas normas señalan que dicha delegación no exime de responsabilidad al delegante. Esto quiere decir que si en una entidad pública se ha delegado la función de contratación y se comprueba que el delegante ha actuado con dolo o culpa grave, el delegatario, es decir el representante legal, también responde por dichas actuaciones dolosas o gravemente culposas.

c. La responsabilidad en materia de contratación estatal también es predicable de los contratistas, quienes deben responder por propuestas artificialmente bajas o cuando oculten información o mediante falsa información incurran en la violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones o conflictos de interés establecidos en la Constitución y la Ley.

Principio de mantenimiento de la ecuación contractual: De acuerdo con este principio las entidades estatales están en la obligación de mantener a favor del contratista de la administración las mismas condiciones o equivalencia de prestaciones con las cuales presentó su propuesta o celebró el contrato, según el caso, siempre y cuando el desequilibrio no le sea imputable. Es decir, si el contrato es producto de un proceso de selección, la igualdad en las prestaciones debe mantenerse de acuerdo con el momento en que fue presentada la oferta, pero si la contratación fue directa, la equivalencia se predica del momento en que fue celebrado el contrato.

La situación anteriormente descrita puede ilustrarse de la siguiente manera: un proponente presenta oferta en un proceso de selección para contratar el servicio de transporte a una entidad pública, dentro de la cual adjunta unos valores económicos del costo mensual de dicho servicio y le es adjudicado el contrato. En la ejecución del contrato el Gobierno Nacional expide una norma que obliga a todos los empleadores que presten servicios de transporte a conceder unas primas de riesgo al personal que tiene vinculado, esta situación no contemplada inicialmente en la propuesta del contratista afecta la equivalencia en las prestaciones del contrato que viene ejecutando, en esa medida la entidad a la cual viene prestando el servicio debe restablecer el equilibrio económico del mismo, en la proporción en que se le incrementó el costo al contratista por la medida adoptada por el gobierno, hasta garantizar que se mantienen las condiciones en las cuales el colaborador de la administración presentó su propuesta.

En el caso de desequilibrio económico del contrato por causas no imputables al contratista es deber de la administración adoptar las medidas que sean necesarias para restablecerlo, para ello podrá acudir a la suscripción de acuerdos para el reconocimiento de los costos a que haya lugar.

Este principio de restablecimiento de la ecuación contractual tiene su fundamento en el precepto según el cual el contratista del Estado es un colaborador de la administración en la consecución de sus fines y en consecuencia no debe soportar cargas adicionales o no previstas con la prestación del servicio.

Sobre este principio la Corte Constitucional en sentencia C-892 de 2001, manifestó:

“No ocurre lo mismo en el Derecho Público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual.

(...)

No sobra reseñar, que el ejercicio legítimo de estas funciones confluye en el objetivo único de reconocer a favor del contratista una indemnización o compensación, o la revisión administrativa o judicial del contrato, en todos aquellos eventos en que se afecte la base económica que ha sido pactada al momento de la celebración del contrato, evitando un enriquecimiento sin causa de la Administración y el empobrecimiento correlativo del particular. En efecto, si la situación económica del sujeto que colabora con el Estado en la consecución de sus fines, resulta ser modificada por el surgimiento de nuevas obligaciones o cargas, la Administración Pública tiene el deber jurídico de restablecer el sinalagma económico del contrato y entrar a satisfacer los derechos del contratista afectado por los mayores costos, dando así aplicación a los principios constitucionales de justicia conmutativa (art. 2º), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (art. 58) a los que ya se ha hecho referencia.”

Principio de planeación: Este principio no está expresamente consagrado en un artículo dentro de la Ley 80 de 1993, no obstante a lo largo del articulado del Estatuto Contractual se encuentran los elementos que integran el mismo, es así como el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 12 impone a la administración pública, la obligación de adelantar los estudios, diseños y proyectos necesarios que soporten la futura contratación, previo a la apertura del proceso de selección.

En concordancia con la disposición citada, los numerales 13 y 14 del mismo artículo determinan que la administración debe planear los compromisos presupuestales a adquirir mediante la contratación de bienes y servicios, es así como señala que las entidades deben registrar y provisionar los gastos presupuestales que demande la contratación e igualmente prever y provisionar en los presupuestos anuales las sumas destinadas a soportar imprevistos o intereses que se pudieren generar en los contratos celebrados.

Como se mencionaba anteriormente, este principio no está señalado expresamente en la norma, no obstante en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado ha hecho alusión al mismo, en sentencia del 1 de diciembre de 2008; Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603), Sección Tercera, señaló:

“Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso público, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa.

Y no podía ser de otra manera puesto que la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no son prioritarios ni necesarios.

El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado”. (Subrayado fuera de texto)

Principio de selección objetiva: La disposición contenida inicialmente en la Ley 80 de 1993 (Artículo 129) habla del deber de selección objetiva de los contratistas por parte de la administración, esta norma fue modificada por la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 5 señala las condiciones bajo las cuales se considera que se da cumplimiento a dicho principio, estableciendo que la escogencia en materia de contratación se realiza sobre la propuesta más favorable para la entidad, oferta que a su vez debe responder a la satisfacción de la necesidad que se pretende satisfacer con la actividad contractual adelantada. La misma norma determina los elementos que integran la selección objetiva, por lo que las entidades estatales en los pliegos de condiciones o los documentos que establecen los criterios de escogencia y calificación de contratistas deben tener lo siguiente:

- La exigencia de condiciones de capacidad financiera, experiencia y organización de los proponentes debe ser acorde a la contratación a realizar y se constituyen en factores que habilitan para presentar ofertas a la administración, sin que puedan ser objeto de calificación. Se exceptúa de esta regla la experiencia para procesos de concurso público, sobre el cual nos pronunciaremos más adelante.

Esta norma implica que las entidades públicas en los procesos de selección de contratistas no pueden fijar condiciones al proponente que no sean necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, por ejemplo si se requiere adquirir un bien cuyo costo no excede de 10 salarios mínimos (\$5.356.000) y con la entrega del mismo se entiende cumplida la obligación, ya que no requiere mantenimiento o servicio posterior, no le sería dable a la administración solicitar que el posible proponente debe acreditar experiencia en la venta del mismo bien de por lo menos diez (10) negocios, ya que esta estipulación no es razonable frente a la contratación a realizar. Tampoco es viable otorgar puntaje a un proponente que acredite que ha realizado varios negocios con el mismo objeto, debido a que la norma estipula que es un requisito que es objeto de verificación y no de evaluación.

- La escogencia del contratista se realiza de acuerdo con la propuesta que presente las mejores condiciones técnicas y económicas para la entidad pública que adelanta la selección, para ello en los pliegos de condiciones o en sus equivalentes se deben señalar expresamente la forma en que serán evaluadas dichas condiciones (técnicas y económicas) y la calificación que se haga de la oferta presentada debe ceñirse expresamente a los factores señalados previamente por la administración.
- La norma señala una categoría especial bajo la cual la selección solo se realiza a la propuesta más económica y es la selección abreviada para la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Son bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que se encuentran en el mercado en las mismas condiciones para todas personas y que adquieren frecuentemente las entidades, por ejemplo, las entidades públicas adquieren papelería y útiles (lápices, borradores, lapiceros, ganchos, entre otros) para su normal funcionamiento, dado que son bienes que se encuentran en el mercado y varias personas naturales o jurídicas proveen de este tipo de materiales, se está en presencia de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización.

Modalidades de Selección

La Ley 80 de 1993 señalaba la forma de selección de contratistas determinando como regla general la Licitación o el concurso público, exceptuaba de dicha regla la contratación directa y para acudir a esta modalidad se fijaban causales ante lo cual la administración debía justificar plenamente su aplicación.

La modalidad de concurso público no fue plenamente desarrollada por los decretos reglamentarios de la Ley, salvo para procesos de selección de diseños de arquitectura o estudios específicos.

El Gobierno Nacional, teniendo en cuenta que los procesos de Licitación Pública eran largos y dispendiosos, lo cual demoraba la satisfacción básica de las necesidades de las entidades públicas adelantó un proceso de reforma a la Contratación Estatal, que dio origen a la Ley 1150 de 2007, la cual integra el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Esta Ley antes mencionada establece las siguientes modalidades de selección:

1. Licitación Pública
2. Selección Abreviada
3. Concurso de Méritos
4. Contratación Directa

Recientemente la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, introdujo nuevas modificaciones al Estatuto de Contratación de la Administración Pública y respecto a las modalidades de selección de contratistas creo el procedimiento denominado de mínima cuantía, es así como el artículo 94 de la referida Ley, fija unas reglas de escogencia para la celebración de contratos cuyo monto no exceda del 10% de la menor cuantía de la entidad estatal interesada en la contratación.

Dado que el Estatuto señala un criterio para la adopción de un procedimiento especial de selección, es decir que el contrato a celebrar no exceda el 10% de la menor cuantía, se encuentra que la determinación sobre la modalidad de selección del contratista que fije la administración, depende fundamentalmente de los siguientes factores:

- a. La cuantía o el monto del contrato a celebrar: La Ley 1150 de 2007 fija las escalas de las cuantías dependiendo del presupuesto de la entidad en salarios mínimos.
- b. La naturaleza del contrato: las características que definen los tipos de contratos están señalados en la Ley, tanto en el estatuto contractual como en los códigos de comercio y civil, las cuales se analizarán en la lección sobre los tipos de contratos. No obstante para efectos de la presente lección es conveniente señalar que en los procesos de selección es posible encontrar que dentro del mismo se involucran varias actividades, este factor también es relevante para efectos de determinar la modalidad de escogencia del contratista, en la tipología de los contratos se analizará con mayor detalle este aspecto.

- c. Las características de los bienes o servicios a adquirir (Por ejemplo bienes o servicios de características técnicas uniformes o de común utilización, bienes requerido para la defensa nacional, prestación de servicios de salud)

Siendo estos criterios los más utilizados por las entidades públicas que se rigen por el Estatuto de Contratación, existen otros que determinan igualmente la modalidad de selección, es el caso de los proveedores exclusivos de ciertos bienes o servicios, bienes cuya adquisición requiera de reserva, entre otros.

Antes de pasar a analizar cada una de las modalidades de selección y los criterios para su utilización, es necesario puntualizar que previo al inicio del procedimiento selectivo existen unas condiciones básicas comunes y etapas previas a todas las modalidades, parte de ellas se han señalado ya en el análisis realizado en los principios que rigen la contratación estatal, que se deben agotar por parte de la administración antes de dar inicio formal al proceso de selección. Tenemos en primer término que anualmente el Gobierno Nacional presenta ante el Congreso el Plan Anual de Presupuesto, este plan está construido sobre la programación y necesidades de presupuesto de todas las entidades del Estado.

Una vez aprobado el Plan Anual de Presupuesto, cada entidad estatal debe ajustar su programación de presupuesto anual, en el cual se contempla el denominado Plan Anual de Compras. Los bienes o servicios o adquirir por las entidades públicas anualmente, debe estar contemplado en dicho Plan, este proceso hace parte de la planeación que rige la contratación pública.

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades interesadas en contratar deben realizar los estudios que permitan establecer la viabilidad y condiciones de la contratación a celebrarse, dichos estudios también deben contener un análisis del mercado que le permita a la entidad determinar el presupuesto oficial de la contratación, así como los precios de referencia que tiene el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal - SICE. Estos documentos previos son los que soportan el Pliego de Condiciones que se elabora para la contratación, por lo cual debe haber una concordancia entre éstos y las condiciones, requerimientos técnicos, presupuesto, calificación, entre otros, contenidos en los estudios previos.

Los estudios previos deben contener como mínimo lo siguiente:

1. La descripción de la necesidad que pretende satisfacer la entidad pública con la contratación a celebrar.
2. La identificación del objeto a celebrar, indicando sus especificaciones técnicas.
3. El fundamento jurídico que soporta la modalidad de contratación
4. El presupuesto estimado para la contratación, el cual determina el valor del contrato a celebrar, el cual debe estar soportado en los precios del mercado.

5. La indicación de los factores de selección de la oferta, tanto los requisitos que habilitan al proponente para presentar propuesta, como los criterios de evaluación de la oferta.
6. La determinación de los riesgos previsibles que puede involucrar la contratación.
7. El análisis que soporta la exigencia de constitución de garantías que amparen el contrato a celebrarse.

Procederemos a analizar un poco más en detalle el numeral tercero del listado anterior, relativo a los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección del contratista. Tanto la Ley 1150 de 2007, como sus decretos reglamentarios, en especial del decreto 2474 de 2008, señalan las causales bajo las cuales se utiliza cada modalidad de selección, delimitando rasgos generales cuando procede la utilización de cada una de ellas, corresponde al operador jurídico analizar y determinar cuándo se hace uso de cada una de ellas y la justificación para su decisión.

1. Licitación Pública

La Licitación Pública, como se mencionaba anteriormente, es la regla general de selección de contratistas debido a que se erige como el pilar del principio de transparencia, el cual garantiza la igualdad entre los oferentes, la publicidad y la libre concurrencia. En consecuencia, las entidades públicas en los procesos de selección deben inicialmente acudir a la modalidad de Licitación, pero la misma norma determina que en los casos contemplados en la misma normatividad se debe acudir a otras modalidades de selección: selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa.

A través de ejemplos se ilustra mejor este concepto:

Caso1: Una entidad pública requiere adquirir unos bienes para su normal funcionamiento, por ejemplo vehículos para el transporte de su cuerpo directivo, en el caso de adquisición de automotores los decretos de austeridad en el gasto público expedidos por el gobierno nacional determinan que solo pueden asignarse al cuerpo directivo de la respectiva entidad pública, señalando expresamente dichos cargos. Una vez determinada la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación se determinan las condiciones técnicas de los bienes a adquirir: modelo, cilindraje, potencia, carrocería, entre otros y el presupuesto estimado para la contratación. Determinados estos factores la entidad debe analizar:

- a. Si el presupuesto asignado para la contratación excede la menor cuantía: los rangos de cuantías fueron fijados por la Ley 1150 de 2007, artículo 2 numeral 2 literal b, para su cálculo se analiza el presupuesto total de la entidad fijado en la Ley anual de presupuesto, en salarios mínimos para cada vigencia. En caso de que el presupuesto exceda la menor cuantía inicialmente se debe acudir a

licitación pública, si la respuesta es negativa, la modalidad de selección debe ser la selección abreviada de menor cuantía.

- b. Pasado el primer criterio se avalúa si las características técnicas fijadas para los vehículos a adquirir son uniformes en varias marcas, si la respuesta es positiva, se debe acudir a la selección abreviada por subasta inversa como modalidad de selección, en caso contrario, la modalidad es la Licitación Pública.

Obsérvese que para el ejemplo propuesto se analizan 2 criterios que determinan la modalidad de selección: el monto de la contratación y las características del bien a adquirir, no obstante éstos pueden variar, como se mencionó anteriormente, por ejemplo si los vehículos a adquirir se requieren para el sector defensa, caso en el cual la modalidad de selección es la selección abreviada.

En conclusión, si bien la ley establece que la Licitación Pública es el procedimiento general de selección de contratistas, su adopción termina siendo residual, en la medida en que se debe analizar previamente si la normatividad vigente dispone que los bienes o servicios a contratar deben ser adquiridos bajo otra modalidad de selección.

Los factores de evaluación de propuestas en los procesos licitatorios son actualmente

- Calidad y precio: Se asignan puntajes a cada uno de los criterios, para lo cual el pliego de condiciones debe señalar que factores o características considera la entidad representan mejor calidad en los bienes o servicios a adquirir
- Relación costo beneficio: este criterio de evaluación fue adoptado legalmente mediante la Ley 1474 de 2011, ya que si bien a través de decretos reglamentarios se había fijado esta forma de evaluación, el Consejo de Estado declaró la nulidad de estas disposiciones al estimar que estos criterios deben estar previamente definidos en la Ley.

2. Selección Abreviada

La selección abreviada es una modalidad de selección que se denomina como simplificada, debido a que los plazos y condiciones en su procedimiento son menos exigentes que para la Licitación Pública. Para la adopción de esta modalidad de selección tienen varios criterios: el valor estimado de la contratación, las características del bien o servicio y la destinación de los bienes o servicios que se pretende satisfacer.

La Ley 1150 de 2007 en su artículo 2 numeral 2 fija los criterios para la adopción de esta modalidad de selección, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

- La cuantía de la contratación a celebrarse

- Las características uniformes de los bienes o servicios a adquirir o si son de común utilización.
- La enajenación de bienes del Estado
- La adquisición de bienes o servicios de entidades que tiene a su cargo programas para la atención a personas desplazadas, protegidas o amenazadas, desmovilización y reincorporación a la vida civil
- La contratación de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional
- Los procesos cuya licitación se haya declarado desierta

En la selección abreviada existen también los criterios de evaluación fijados para la Licitación Pública, que fueron descritos en esa modalidad de selección, no obstante la Ley determinó que para el caso de la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, el único criterio de selección debe ser el menor precio.

Este precepto encuentra su sustento en la funcionalidad de los bienes, quiere ello decir que si por ejemplo una entidad pública desea adquirir equipos de cómputo con unas funcionalidades y requerimientos estándar, que son comunes a varias marcas existentes en el mercado, se adquiere la misma calidad en los bienes al menor precio.

EJEMPLO: Una entidad desea adquirir la dotación para los funcionarios que tienen derecho a ella, en las condiciones fijadas en el estudio previo y el pliego de condiciones se especifica que los zapatos deben ser tipo mocasín, material en cuero y varias tallas, pantalones en paño y se especifica el tipo de material y el modelo (bota recta, con pretina y prenses) y camisas en lino de varias tallas. Esta entidad puede acudir al mecanismo de subasta inversa, en razón a que los bienes a adquirir se encuentran comúnmente en el mercado, existen varias personas naturales o jurídicas que pueden ofertarlos e igualmente gozan de unas especificaciones básicas que guardan la misma funcionalidad.

No es aplicable este mismo criterio para bienes cuyo precio se encuentra regulado, es el caso del servicio de vigilancia y seguridad privada, el cual es de común utilización, hay varias empresas que los pueden ofertar, pero las tarifas que se cobran por el mismo son fijadas anualmente por el gobierno nacional.

3. Concurso de Méritos

Esta modalidad de selección de contratistas la determina el tipo de contrato a celebrar, así lo señala el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece que la selección de consultores o proyectos se realiza a través de concurso. Los elementos que definen el contrato de consultoría serán analizados en la lección sobre tipos de contratos

Los criterios de evaluación en el concurso de méritos son: la experiencia tanto del proponente como del personal que desarrollará la consultoría o proyecto, capacidad intelectual del equipo consultor y la organización del proponente. Es importante destacar que en los concursos de méritos no se avalúa la propuesta económica del oferente, en ese caso solamente es verificable que dicha oferta no exceda el presupuesto estimado para la contratación.

Los concursos de méritos pueden adelantarse por procedimiento abierto o con precalificación, estas dos submodalidades obedecen fundamentalmente a la metodología o enfoque bajo la cual se puede desarrollar la consultoría o el proyecto. Para dar mayor claridad al tema se acude a un ejemplo: una entidad pública desea adelantar un estudio que le permita evaluar una cierta política de gobierno que fue adoptada por un programa en especial, si la entidad pública tiene los elementos básicos que le permiten determinar la forma en que se va evaluar la política (indicadores a entregar, herramientas o instrumentos de evaluación, procedimiento de levantamiento de la información, entre otros) estos elementos se estructuran en una metodología que debe seguir el contratista para la entrega del producto, en ese caso es posible acudir al procedimiento de concurso abierto con propuesta técnica simplificada.

En el caso de Propuesta Técnica Simplificada, la entidad interesada en la contratación puede hacer uso del procedimiento abierto o con precalificación a través de lista corta o lista multiusos.

En el caso de que la entidad interesada en la contratación haya definido el producto que quiere obtener, la evaluación de la política pública, pero no tiene precisado la metodología de utilizar para la realización de la misma, debe adelantar el procedimiento de concurso de méritos con precalificación con propuesta técnica detallada, la cual se efectúa a través de lista corta, en este tipo de procedimiento las ofertas deben contener la metodología propuesta para el desarrollo de la consultoría o proyecto, la cual es evaluable de acuerdo con los parámetros previamente fijados en el pliego de condiciones.

4. Contratación Directa

Las causales para la utilización de esta modalidad de selección están señaladas expresamente en la Ley, las cuales deben ser ampliamente justificadas por la entidad contratante, especificando claramente cómo se enmarcan dentro de los presupuestos fijados por la Ley. Dichas causales son:

- a. Urgencia manifiesta
- b. Contratos de empréstito
- c. Contratos interadministrativos
- d. Bienes y servicios que requieran reserva para su adquisición, siempre y cuando sean para el sector defensa o el DAS

- e. Contratos para el desarrollo Científico o Tecnológico
 - f. Inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado para la provisión del tipo de bien o servicio a adquirir
 - g. Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que requiera la entidad para su normal funcionamiento o aquellos de naturaleza artística que solo sean encomendables a una persona natural.
 - h. Los contratos de encargo fiduciario.
 - i. El arrendamiento o adquisición de inmuebles.
5. Contratación inferior al 10% de la menor cuantía

La Ley 1474 de 2011 en su artículo 94 adicionó esta modalidad de selección de contratistas, estableciendo que debe seguirse dicho procedimiento para las contrataciones que no superen el 10% de la menor cuantía de la entidad independientemente del objeto del contrato.

El artículo de la Ley 1474 fue reglamentado mediante el decreto 2516 de 2011, ambas normas disponen que a este procedimiento solo les son aplicables las reglas fijadas en ellas. La selección del contratista se realiza a la oferta más económica y se excluyen expresamente los factores de evaluación de protección a la industria nacional y los establecidos en la Ley 1150 de 2007 o el decreto 2474 de 2008 para otro tipo de modalidades de selección.

El esquema básico de procedimiento y características para cada modalidad de selección, a continuación se presenta un cuadro que señala las principales etapas de cada una de ellas:

	LICITACION	SELECCIÓN ABREVIADA	CONCURS O DE MÉRITOS	CONTRATAC IÓN DIRECTA	10% DE LA MENOR CUANTÍA
PUBLICIDAD	- AVISO A CAMARA DE COMERCIO Y CONVOCATORIA PÚBLICA - PUBLICACION PROYECTO DE PLIEGO	- PUBLICACIÓN DE PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES 5 DÍAS HÁBILES	PTS - PUBLICACIÓN DE PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES 5 DÍAS HÁBILES	PUBLICACION DE LOS ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS	- INVITACIÓN PÚBLICA MÍNIMO POR UN DÍA HÁBIL

	10 DÍAS HÁBILES - PUBLICACIÓN DE HASTA 3 AVISOS EN DIARIOS DE AMPLIA CIRCULACIÓN, ENTRE 10 A 20 DÍAS CALENDARIO ANTES DE LA APERTURA DEL PROCESO		PTD - PUBLICACIÓN PROYECTO DE PLIEGO 10 DÍAS HÁBILES		
FACTORES DE EVALUACIÓN	- CALIDAD Y PRECIO - RELACIÓN COSTO BENEFICIO	MENOR CUANTÍA - CALIDAD Y PRECIO - RELACIÓN COSTO BENEFICIO SUBASTA INVERSA - MENOR PRECIO	- EXPERIENCIA DEL PROPONENTE - EXPERIENCIA DEL EQUIPO PROPUESTO - CAPACIDAD DEL PROPONENTE - METODOLOGÍA	NO APLICA	MENOR PRECIO
CONTRADICCIÓN DE LA EVALUACIÓN	TRASLADO DE LA EVALUACIÓN POR CINCO DÍAS HÁBILES	MENOR CUANTÍA TRES DÍAS HÁBILES DE TRASLADO DE LA EVALUACIÓN	TRASLADO DE LA EVALUACIÓN POR TRES DÍAS HÁBILES	NO APLICA	UN DÍA HÁBIL DE TRASLADO DE LA EVALUACIÓN

		N			
		SUBASTA INVERSA			
		HASTA TRES DÍAS HÁBILES PARA EL TRASLADO DE LA EVALUACI ÓN			
FORMA DE ADJUDICACI ÓN	AUDIENCIA PÚBLICA	MENOR CUANTÍA	AUDIENCI A PÚBLICA	ACTO ADMINISTR ATIVO DE JUSTIFICACI ÓN DE LA MODALIDAD DE CONTRATAC IÓN	CARTA DE ACEPTAC IÓN DE LA OFERTA
		ACTO			
		ADMINISTR ATIVO DEBIDAMEN TE MOTIVADO			
		SUBASTA INVERSA			
		AUDIENCIA DE SUBASTA			

Celebración, Forma y Contenido de los Contratos

En la primera lección de este módulo se especificó que son contratos estatales los negocios jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades públicas enumeradas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993, para el cumplimiento de los fines del Estado. Este primer elemento señala una característica fundamental de los contratos administrativos: una de las partes que suscribe el negocio jurídico debe tener la calidad de entidad estatal.

La Ley 1150 de 2007 (Artículo 1) introdujo un concepto que podría verse como una nueva característica de los contratos estatales: los que se celebren con recursos públicos. La Ley o los decretos reglamentarios no determinaron el alcance de esta disposición, por lo cual habría que esperar el desarrollo legislativo de la misma, con el fin de establecer cómo se articula esta modalidad a la administración pública.

A los contratos Estatales les son aplicables las normas del Código de Comercio y del Código Civil, así lo establece el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que dispone: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.” Derivado de esta norma tenemos que las normas comerciales y civiles de la legislación colombiana tienen carácter residual en la contratación estatal, en la medida en que si el Estatuto establece algún requisito específico para el contrato a celebrar, no contenido en las normas comerciales o civiles, esta norma es aplicable, es el caso de la solemnidad de los contratos estatales.

Por su parte, los 39 y 41 del Estatuto Contractual establecen que los contratos que celebren las entidades estatales deben constar por escrito, no obstante la misma ley exceptúa de esta regla algunos contratos, por ejemplo los que se celebran en uso de la Urgencia Manifiesta. Al exigir estas normas que los contratos estatales deben ser elevados a escrito, los vuelven solemnes, en la medida en que a diferencia de la práctica comercial que determina que hay contrato cuando se llega a un acuerdo de voluntades sobre los elementos básicos del negocio a celebrar, en la contratación estatal estos elementos deben constar en un documento que así lo pruebe.

Esta solemnidad tiene efectos para la administración, específicamente en materia contenciosa, ya que las entidades estatales solo podrían ser demandadas mediante la acción contractual cuando se tenga la prueba de la celebración del contrato, la cual se reitera es el documento escrito en el cual una entidad pública se obliga en un negocio jurídico.

Tenemos entonces que el contrato estatal se perfecciona, es decir genera obligaciones para la administración y al particular que contrata con ella, cuando estos se ponen de acuerdo en el objeto del negocio a celebrar, se determine la contraprestación y dicho acuerdo se eleve a escrito.

Una vez perfeccionado el contrato estatal, la Ley 1150 de 2007 señala que se deben cumplir unos requisitos para su ejecución: la aprobación de las garantías, la existencia de las disponibilidades presupuestales necesarias para amparar los pagos a realizar con ocasión del negocio jurídico celebrado y la acreditación por parte del contratista del pago de los aportes parafiscales a que está obligado.

Dado que el Estatuto Contractual no entra en detalle sobre los requisitos de validez de los negocios jurídicos celebrados por la administración, les son aplicables las normas comerciales y civiles al tener carácter de subsidiarias, por

lo que se procede a analizar las disposiciones contenidas en dichos códigos. El Código Civil establece como requisitos para que las personas se obliguen: la capacidad, consentimiento sin vicios, objeto y causa lícita, en consecuencia se examinarán cada uno de los elementos en materia de contratación estatal, a saber:

Capacidad: es la aptitud legal de las personas (naturales o jurídicas) para obligarse por sí misma; respecto a la contratación estatal tenemos que dos o más sujetos entran en una relación negocial, una de ellas es una entidad pública, lo que determina la naturaleza del contrato.

De acuerdo con lo establecido en el Estatuto de Contratación Estatal, están facultados para celebrar contratos a nombre de la Nación el Presidente de la República y en cuanto a las entidades públicas (Ley 80 de 1993, Artículo 11) los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles. A nivel territorial los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

Los representantes legales o jefes de las entidades públicas pueden delegar la función contractual en servidores públicos del nivel directivo o ejecutivo de la respectiva entidad, no obstante dicha delegación no los exime de la responsabilidad de sus deberes de vigilancia y control que tienen respecto a la contratación pública que se realice en ejercicio de ésta función.

Respecto a los contratistas de la Administración, la Ley 80 de 1993 establece que están en capacidad para celebrar contratos estatales las personas a las cuales la ley les otorga tal facultad, incluyendo a los consorcios y las uniones temporales. Sobre estas dos figuras el artículo 7 del Estatuto Contractual, señala que su existencia está determinada por la presentación conjunta de propuestas en procesos de selección, por parte de dos o más personas, para la celebración y ejecución de un contrato estatal.

La diferencia entre consorcio y unión temporal se determina por la responsabilidad de quienes presentan la propuesta; en el consorcio las partes que lo integran son solidarias en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo que en caso de incumplimiento de cualquiera de ellas, las partes responden en su totalidad. En el caso de Uniones Temporales las partes integrantes responden solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta.

y del contrato, pero en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato, responden de acuerdo a la participación que tenían en la ejecución de cada una de ellas.

Para ilustrar esta figura se presenta el siguiente ejemplo: Una entidad pública requiere contratar el mantenimiento de los equipos de aire acondicionado de la entidad y el suministro de repuestos para los mismos, en el proceso de selección se presenta propuesta conjunta por dos personas jurídicas, uno que distribuye y comercializa repuestos para equipos de aire acondicionado y la otra que presta el servicio de mantenimiento de éstos equipos. Si la figura adoptada por ellos es la del consorcio, en caso de incumplimiento de las obligaciones por ejemplo el no suministro de un repuesto, los dos integrantes son responsables y por lo tanto es posible sancionar a los dos miembros consorciados, caso contrario, si la figura es la de la unión temporal y se presenta incumplimiento en el suministro de los repuestos, el llamado a responder es la parte que estaba llamada a cumplir con la obligación en la entrega oportuna de los bienes.

Otro aspecto relativo a la capacidad de las personas jurídicas para celebrar contratos estatales se encuentra en el artículo 99 del Código de Comercio que determina el ámbito de acción de la sociedad, señala esta disposición que las sociedades desarrollan su actividad en el marco de: Su objeto social, los actos directamente relacionados con dicho objeto y las que se realicen en ejercicio de sus derechos y obligaciones legales derivadas de su existencia social. Esto quiere decir que si una sociedad tiene por objeto social la compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles, no estaría en capacidad para presentar propuesta y un celebrar un contrato cuyo objeto sea construcción de una obra civil.

La capacidad para presentar propuestas, celebrar y ejecutar contratos estatales se encuentra limitada por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenido en el Estatuto Contractual, sobre esta restricción a la capacidad contractual, el Consejo de Estado expresó a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente Augusto Trejos Jaramillo; en pronunciamiento

Del 27 de abril de 1999, Radicación número: 1212, lo siguiente:

“La celebración de cualquier contrato exige como requisito de validez la aptitud legal de los sujetos para obligarse por ellos mismos. Las inhabilidades e incompatibilidades son situaciones vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la validez del contrato que, de celebrarse, se vería afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar (art. 44-1 ley 80/93). (...)

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en los artículos 60. y 121 de la Constitución, según el cual los servidores públicos no pueden hacer

sino aquello que expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; en tanto los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido. (...)

Lo que el legislador pretendió al establecer las respectivas prohibiciones, fue precisamente evitar que las relaciones de parentesco lleguen a afectar la imparcialidad de la función pública, bien sea porque el servidor con quien se guarde el correspondiente vínculo goce del poder de decisión en la adjudicación de los contratos, o tenga influencias que puedan determinar esa decisión, o simplemente pueda condicionar en forma indirecta la contratación, circunstancias éstas que ponen en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa.”

El artículo 8 de la Ley 80 de 1993, establece las inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones y contratar con el Estado, las inhabilidades están circunscritas a situaciones particulares del contratista, sobre las inhabilidades la Corte Constitucional en sentencia C-353 de 2009 manifestó:

“Generalmente las inhabilidades son consideradas como aquellas circunstancias previstas en la Constitución o en la ley, que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, designada para un cargo público, como también en ciertos casos impiden que la persona que ya viene vinculada a la función pública continúe en ella; además, tales circunstancias pueden tener consecuencias respecto de las personas que van a celebrar o han celebrado contratos con el Estado ; en general estas previsiones normativas tienen como objetivo lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a entablar relaciones jurídicas con el Estado.”

Las inhabilidades para presentar propuestas en procesos licitatorios y celebrar contratos están determinadas en la Ley, no obstante se enuncian las siguientes por considerar que son relevantes:

1. Las personas que estén inhabilitadas por la Constitución o la Ley, o que habiéndolo estado hayan participado en Licitaciones o hayan celebrado contratos con entidades públicas.
2. Los servidores públicos; quienes hayan sido declarados interdictos como pena accesoria en proceso penal o hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
3. Aquellos que sin justa causa se abstuvieron de suscribir un contrato que les había sido adjudicado o a quienes se les declaró la caducidad en la ejecución de un contrato estatal.
4. Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en

Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

EJEMPLO: Una persona que fue condenada penalmente por el delito de peculado por apropiación, debido a que en la ejecución de un contrato estatal de obra se apropió de los recursos que se le habían dado como anticipo, no puede presentar propuesta o celebrar contrato con el Estado, estaría también inhabilitada la sociedad de la que haga parte dicha persona.

Respecto a las incompatibilidades, el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, en pronunciamiento del 29 de abril de 1998, radicado 1097, refirió:

“Por su parte, las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo”

Como incompatibilidades se señalan las siguientes:

1. Las personas naturales que fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, solo respecto de quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo.
2. Las personas con vínculo de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.
3. El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

Finalmente como un requisito de capacidad para la celebración de contratos con entidades públicas sujetas al Estatuto Contractual, se encuentra la inscripción y clasificación en el Registro Único de Proponente que llevan las Cámaras de Comercio, esta disposición no es aplicable en caso de contratación directa o contratos cuya cuantía no exceda el 10% de la menor cuantía.

Como conclusión respecto a quienes pueden presentar propuestas, celebrar y ejecutar contratos la administración pública, se tiene que son todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que tengan capacidad legal, puedan desarrollar el objeto contractual y que no se encuentren incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad para presentar propuesta, celebrar o ejecutar contratos.

Es importante destacar que los contratos estatales pueden ser nulos por vicios en la capacidad o en su formación, así las cosas, el artículo 44 del Estatuto Contractual señala que hay nulidad absoluta del contrato en caso de que se presente cualquiera de los casos previstos en el derecho común y además cuando:

“1. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad.”

Los demás vicios que señale el derecho común, que constituyan causal de nulidad relativa, pueden ser saneados por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho o por ratificación de las partes suscribientes sobre el pacto negocial.

En cuanto al contenido de los contratos estatales tenemos que a grandes rasgos el clausulado debe contener:

- a. La identificación de las partes que lo suscriben
- b. El objeto
- c. Valor y forma de pago, en este punto es importante aclarar que un contrato puede no tener un valor determinado pero sí la forma de determinarlo, por ejemplo cuando se pacta que un contrato de obra a precios unitarios fijados, se pacta de acuerdo con el valor y las cantidades de obra estimadas para la ejecución, sin embargo el valor cierto del contrato será la suma que resulte de las obras efectivamente realizadas de acuerdo con los precios unitarios pactados inicialmente.
- d. El plazo del contrato, éste se puede dividir a su vez en plazo de ejecución y plazo de vigencia, el primero tiene que ver con el período otorgado al contratista para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la vigencia es el término en el cual son exigibles parte de las obligaciones contractuales, por ejemplo cuando se adquiere un bien y éste tiene garantía de mantenimiento, la entrega se realiza dentro del plazo de ejecución, pero la vigencia de la garantía se realizará de acuerdo con lo pactado entre las partes.
- e. Las disponibilidades presupuestales que amparan el contrato

- f. Las obligaciones de las partes
- g. Cláusulas Excepcionales, si son procedentes
- h. Multas y cláusula penal pecuniaria
- i. Los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.

Las cláusulas excepcionales al derecho común, en materia de contratación son facultades que le otorga la Ley a las entidades públicas para ejercer un control efectivo sobre el cumplimiento del contrato estatal, estas son:

1. La caducidad: es la facultad para dar por terminado el contrato administrativo suscrito en caso de incumplimiento grave de obligaciones por parte del contratista, que puedan llevar a la paralización en la ejecución del objeto contractual.

Es importante destacar que la caducidad de un contrato administrativo tiene efectos sobre la capacidad del contratista sancionado, ya que la imposición de ésta conlleva la inhabilidad para celebrar contratos con las entidades públicas

2. Interpretación Unilateral: En caso de duda o falta de claridad en las cláusulas del contrato, la administración puede hacer una interpretación de las obligaciones y condiciones contenidas en el mismo, mediante Acto Administrativo motivado, en el cual se expongan con claridad los argumentos que llevaron a la administración a realizar dicha interpretación.
3. Modificación Unilateral: Las entidades públicas tiene la facultad de modificar unilateralmente el acuerdo contractual suscrito, para evitar la paralización o afectación del servicio, no obstante primero debe intentar la modificación consensuada del contrato. En este caso, las entidades deben hacer los reconocimientos por los mayores costos en los cuales ha incurrido el contratista con la modificación unilateral, en caso de que ésta implique un valor superior al 20% del valor inicial pactado puede renunciar a la ejecución del contrato.
4. Terminación Unilateral: Las causales de terminación unilateral del contrato estatal están señaladas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, a diferencia de la caducidad ni hay incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y obedecen más a razones de conveniencia del interés público.
5. Reversión: en los contratos de explotación o concesiones de bienes, al finalizar el plazo de ejecución del mismo, el contratista debe entregar a la entidad pública contratante los bienes afectos a la concesión, así por ejemplo en el caso de una concesión para la construcción, operación, mantenimiento de una vía, los máquinas que el contratista tiene para el mantenimiento y operación de la obra serán entregadas a la entidad al momento de la devolución de la concesión.

Las cláusulas excepcionales al derecho común se entienden pactadas, así la minuta del contrato no lo señale expresamente, en los contratos de que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado y en los contratos de obra. También se pueden pactar en los contratos de suministro y prestación de servicio, no se pueden pactar en las demás tipologías contractuales.

Tipos de Contratos

Los tipos de contratos que pueden celebrar las entidades públicas en el marco del estatuto contractual estarían regidos por dos ejes, de acuerdo con los principios y directrices impartidos en ese cuerpo normativo, el primero de ellos son los contratos expresamente definidos por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, los cuales se analizarán más adelante y el segundo se desprende del mismo artículo, de acuerdo con el cual las entidades públicas pueden celebrar todo tipo de negocios jurídicos contemplados en el derecho privado, en normas especiales o derivados del ejercicio de la voluntad.

Esta norma debe ser leída en el contexto del marco regulatorio de la Ley 80 que ciñe las actuaciones de la administración al derecho público, por lo que la referencia al derecho privado estaría enmarcada por el artículo 13 del Estatuto, según el cual los contratos que celebren las entidades públicas se rigen por lo establecido en las disposiciones comerciales y civiles.

En consecuencia, los contratos cuya definición y regulación se encuentra en la Ley 80 de 1993, su pacto y ejecución se regirá por el Estatuto Contractual, para los contratos que se celebren de acuerdo con el derecho privado o por normas especiales, se presenta una combinación entre ambos regímenes, ya que su naturaleza estaría dada por la legislación privada, pero su formación, es decir la modalidad de selección y parte de su clausulado estaría regido por el derecho público, específicamente las normas contractuales de la administración. Para explicar esta situación se presenta el siguiente ejemplo, un típico contrato de derecho privado es la compraventa, por lo que las entidades públicas pueden adquirir para su funcionamiento y cumplimiento de sus fines todo tipo de bienes que se encuentren en el comercio, la definición sobre el contrato de compraventa se encuentra en el Código Civil y el alcance sobre su naturaleza comercial, está en el artículo 325 del Código de Comercio.

Se tiene entonces que el objeto del contrato está contenido en las disposiciones comerciales y civiles, pero el contrato que celebra la entidad pública está regido también por normas contenidas en el Estatuto Contractual:

- a. La forma de selección del contratista: de la cual se ocupó la lección 2 del presente módulo
- b. El compromiso de los recursos públicos destinados a amparar el gasto: Certificados de Disponibilidad Presupuestal y el registro presupuestal

- c. Requisitos de perfeccionamiento y ejecución: en la práctica comercial los contratos de compraventa se perfeccionan con la entrega del bien y el pago de precio; en materia de contratación estatal el acuerdo de voluntades debe ser elevado a escrito y para ejecutarse debe cumplirse con unos requisitos que ya se analizaron en la lección 3.

A continuación se analizarán los contratos cuya definición está expresamente consignada en el Estatuto Contractual:

1. Contrato de Obra

Define el literal a) del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que son contratos de obra todos aquellos que celebren las entidades públicas para la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier trabajo realizado sobre un bien inmueble. Es pertinente aclarar que los bienes inmuebles son definidos por la legislación civil como las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y las cosas adheridas a ella, como los edificios.

Por lo anterior, se entienden como contratos de obra los que se suscriben para la realización de un edificio, un puente, una carretera, entre otros, pero también son contratos de obra aquellos que se adhieren y hacen parte del bien inmueble, por ejemplo, cuando se contrata la instalación de una cocina para un colegio, o la realización o readecuación de unos baños, ya que estos si bien son bienes que se pueden adquirir en el comercio, el momento de su instalación se vuelven inmuebles.

Es importante destacar que de acuerdo con el Estatuto Contractual, la selección de contratistas para la realización de contratos de obra no se puede efectuar a través de selección abreviada por subasta inversa, debido a que no es considerado como un bien con características uniformes o de común utilización, por lo que la forma de selección se debe desarrollar por las otras modalidades de selección, para lo cual los criterios de selección deben ser la calidad y el precio.

2. Contrato de Consultoría

El estatuto contractual define como contratos de consultoría aquellos que celebren las entidades públicas para el diagnóstico de desarrollo de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad de programas o proyectos, las asesorías técnicas, las interventorías, asesorías o gerencia de obras o proyectos, la dirección o ejecución de diseños, planos, proyectos y anteproyectos. De acuerdo con la enumeración hecha en la norma respecto a este tipo de contratos, se puede establecer que en ellos predomina el componente intelectual, ya que en el desarrollo del objeto contractual no está presente tanto la parte manual o mecánica sino la construcción y elaboración de ideas o conceptos técnicos que implican el manejo y dominio de técnicas o conocimientos especializados en ciertos temas.

El comúnmente utilizado por las entidades estatales, sin ser exclusivo, es la interventoría de obras o proyectos, la cual tiene como fin contar con el acompañamiento para la entidad pública contratante de un equipo especializado que supervise la ejecución de un contrato de obra o el desarrollo de un proyecto. Es importante destacar que el inciso segundo, literal a) del artículo 32 de Ley 80 de 1993, establece que los contratos de obra que celebren las entidades públicas como producto de una Licitación Pública, deben contar con una interventoría externa a la entidad y por consiguiente contratada como consultoría.

Se estaría también bajo el contrato de consultoría en el caso de que se desee contratar un diseño para la construcción de un edificio o una vía, o cuando se requiere contratar la evaluación de una política pública que haya sido adoptada como programa o proyecto por parte de las entidades de la administración, para la selección de los consultores, se reitera, se debe utilizar la modalidad de concurso de méritos.

3. Contratos de Prestación de Servicios

Son contratos de prestación de servicio los que celebran las entidades con personas naturales o jurídicas para su normal funcionamiento o para la ejecución de labores necesarias para la administración pública. La norma establece que solo es procedente la contratación bajo esta denominación cuando las entidades no cuenten con el personal de planta necesario para atender estas actividades.

Son ejemplo de este tipo de contratos los contratos que celebran las entidades para el mantenimiento de los bienes y equipos con que cuenta la administración para su normal funcionamiento, mantenimiento de teléfonos, equipos de cómputo, vehículos, entre otros.

En la administración pública la figura más utilizada es la de contratos de prestación de servicio profesionales y de apoyo a la gestión, los cuales están regulados actualmente por el decreto 4266 de 2010, que define: “Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.”

La norma antes mencionada establece que la modalidad de selección de estos contratistas es la contratación directa, con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia relacionada con las actividades y obligaciones a desarrollar. Igualmente la Ley señala específicamente que estos contratos no generan relación laboral para con la entidad pública contratante.

4. Contratos de Concesión

La ley enumera varias circunstancias bajo las cuales se está bajo el presupuesto de un contrato de concesión, así:

- a. Las entidades públicas otorgan a un particular los derechos para la operación, explotación, mantenimiento, prestación, organización o gestión de un servicio público.
- b. Cuando la administración concede a un particular los derechos o facultades para la explotación de un bien
- c. La construcción, mantenimiento, operación y conservación de un bien destinado al uso público.

En todos los casos antes señalados, la prestación del servicio, la operación y gestión de las actividades inherentes al desarrollo del contrato se realizan por cuenta y riesgo del contratista. La remuneración a la cual tiene derecho los particulares por la ejecución de estas actividades consiste en derechos, tasas o tarifas que se fijen por concepto de la utilización de este bien o servicio.

Como ejemplos de contratos de concesiones se señalan los siguientes:

- Para la explotación de un bien: La concesión para la explotación de juegos de suerte y azar, debido a que la explotación, organización, administración, operación, control, fiscalización, regulación y vigilancia de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, son un monopolio rentístico del Estado, por lo cual para la concederlo a un particular se debe acudir a la selección del contratista del estado a través de Licitación Pública.
- Prestación de un servicio: Las autoridades de tránsito distritales o municipales deben prestar el servicio de parqueadero de vehículos inmovilizados por infracción a las normas de tránsito o transporte, la operación, gestión, explotación de este servicio se puede conceder a los particulares a través de la celebración de un contrato estatal, el cual debe ser producto del adelantamiento del proceso de selección respectivo.
- La construcción de una autopista: se enmarca en la construcción y operación de un bien destinado al uso público, ya que es obligación del Estado garantizar el tránsito por el territorio nacional para lo cual se construyen vías, en estos contratos la remuneración se pacta a través de la fijación del pago de peajes por parte de los usuarios de la vía.

5. Contratos de Encargo Fiduciario y Fiducia Pública

La definición y naturaleza del contrato de encargo fiduciario se encuentra en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio y se define fundamentalmente como “un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados ahora llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una

finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.”

Respecto a la Fiducia, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala:

“Concepto de Negocios Fiduciarios.

Para los efectos de esta Circular, se entienden por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero, Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes”

La diferencia entre encargo fiduciario y fiducia se encuentran en la transferencia de los bienes, la cual se presenta solamente en la segunda, ya que en el primero, es decir el encargo fiduciario, los bienes se entregan para su administración.

Asimismo, la Ley 80 en su artículo 32, numeral 5, regula las condiciones y requisitos que se deben cumplir por parte de las entidades estatales para celebrar contratos de encargo fiduciario o fiducia, por lo cual se debe entender que los elementos cásicos de este tipo de contratos se encuentran en las disposiciones de derecho privado.

Como elemento final en esta lección, es importante señalar que cuando se celebra un contrato por parte de una entidad pública, es posible que se comprendan varias actividades que pueden corresponder a la naturaleza y obligaciones de contratos diferentes, es el caso de la contratación de una obra pública, cuya parte de obligaciones comprende el diseño, o el caso de una compraventa con instalación de un bien. En este caso, existen fundamentalmente dos criterios para determinar el tipo de contrato a celebrar, así:

1. Criterio funcional:

De acuerdo con el cual hay que determinar qué es lo principal y qué es lo accesorio en la contratación a celebrar, así las cosas si es necesario adquirir un bien el cual debe ser instalado, el contrato debe ser de compraventa y una de las obligaciones comprenderá la instalación, en este caso es claro que si no se adquiere el bien no hay lugar a la instalación.

Existen contratos que tienen un mayor grado de complejidad, por ejemplo cuando se contratan labores de consultoría, compraventa de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios, entre otras. En estos casos hay que acudir

nuevamente a este criterio y especificar qué es lo principal y que lo accesorio, por ejemplo la ejecución de una obra que comprende el diseño, ya que la elaboración de diseños, como se mencionó anteriormente, son contratos de consultoría, en este caso el fin primordial de la contratación es la ejecución de la obra y para su desarrollo se debe cumplir en una de sus etapas con la presentación del diseño, en consecuencia estaremos ante un contrato de obra.

2. Criterio económico

Este criterio fue desarrollado por la jurisprudencia como mecanismo para determinar la naturaleza del contrato celebrado, de acuerdo con el cual el tipo de contrato lo define el mayor componente económico que tenga cada actividad a realizar.

Así por ejemplo en un contrato que comprende el suministro de repuestos y la prestación del servicio de instalación de los mismos, la naturaleza del contrato la puede determinar la entidad contratante al comparar el valor de los repuestos y el costo de la mano de obra, si los bienes a entregar tienen un valor superior al de la mano de obra el contrato será de suministro, en caso contrario será de prestación de servicios.

Ejecución de Contratos y Tipos de Acciones

En la lección 3 de presente módulo sobre celebración forma y contenido de los contratos estatales, se especificó los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales, allí se consignó que las normas que rigen la contratación estatal determinan que el perfeccionamiento de un contrato se da una vez hay acuerdo en el negocio a celebrar y éste se eleva a escrito, para su ejecución requiere de los amparos presupuestales para la atención del gasto, la constitución y aprobación de las garantías, la publicación (en caso de que sea procedente) y el cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones parafiscales.

En los contratos de tracto sucesivo el plazo empezará a contarse a partir de la suscripción del acta de inicio de actividades que se realice entre el contratista y la persona designada o delegada por la entidad contratante para la verificación de las obligaciones contractuales. En los contratos de ejecución instantánea el plazo del contrato inicia una vez de perfeccione el pacto negocial y se dé cumplimiento a los requisitos de ejecución del mismo.

En este sentido, la ejecución de los contratos estatales conlleva una obligación para las partes pero especialmente para las entidades públicas, las cuales tienen el deber de verificar y supervisar la correcta ejecución del objeto y el cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas. Por lo anterior se procede a analizar la supervisión o vigilancia en la ejecución de los contratos estatales.

La ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, respecto a los supervisores o interventores de los contratos estatales y determinó en su artículo 83:

“Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

Por su lado, la interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. (...).”

Como puede observarse, la supervisión de los contratos puede ser ejercida por servidores públicos de la misma entidad, señala igualmente la referida Ley que es obligación de los supervisores e interventores informar a la entidad pública contratante las irregularidades, hechos, omisiones o posibles delitos que se comentan en el desarrollo contractual, con base en los cuales dichas entidades están en la obligación de adoptar las medidas necesarias para preservar el patrimonio y la moralidad pública.

En caso de que en los informes que presenten bien sea los supervisores o los interventores sobre la ejecución contractual, se evidencien posibles irregularidades en su ejecución, la entidad puede hacer uso de las siguientes figuras:

Multas: Se pueden aplicar cuando se han pactado en el acuerdo comercial, su imposición procede en caso de inobservancia parcial de las obligaciones convenidas, en tanto éstas se hallen pendientes de cumplimiento y tienen como fin conminar o requerir al contratista para que cumpla o se ponga al día en la ejecución del contrato. Para su aplicación las entidades públicas deben

garantizar el debido proceso al contratista, para lo cual deben escuchar en audiencia al contratista, para que presente sus descargos frente a las infracciones o incumplimientos que se le atribuyen, una vez oídas las explicaciones del contratista el representante legal de la entidad o su delegado decidirán sobre la imposición de la sanción.

Cláusula Penal Pecuniaria: esta cláusula es una tasación anticipada de los perjuicios que realiza la entidad contratante en caso de incumplimiento del contratista del objeto contractual. La administración tiene la facultad de hacer efectiva dicha cláusula para la cual deberá declarar el siniestro de incumplimiento del contrato, en acto administrativo debidamente motivado.

En los contratos en los cuales se han pactado las cláusulas excepcionales al derecho común, las entidades públicas pueden hacer uso de ellas, de acuerdo con los presupuestos dados para su aplicación, los cuales fueron descritos en la lección 3, no obstante es importante señalar lo siguiente frente a las figuras enumeradas: la caducidad solo procede en caso de incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista que pueden llevar a la paralización del servicio y en caso de que se aplique, la entidad pública contratante debe ordenar la liquidación del contrato en el estado en el que esté, sin que esté obligada a indemnizar al contratista por la decisión adoptada.

Respecto a la aplicación de las cláusulas de interpretación, modificación o terminación unilateral, la entidad pública que adoptó la decisión está en la obligación de adoptar las medidas pertinentes para restablecer el equilibrio económico del contrato, si éste ha sido afectado por esta determinación, mediante el reconocimiento y pago de compensaciones o indemnizaciones a que hubiere lugar o la adopción de las modificaciones contractuales necesarias para mantener la reciprocidad en las prestaciones.

Liquidación de los contratos: la regla general contenida en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública establece que los contratos de tracto sucesivo o aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo deben liquidarse, no obstante las entidades estatales, en caso de considerarlo conveniente, también pueden liquidar aquellos que no cumplan con estas características. El plazo de liquidación puede estar señalado en el pliego de condiciones que dio origen a la contratación o en el pacto negocial, en caso de que no se haya determinado este término, la liquidación de común acuerdo entre las partes se debe realizar dentro de los cuatro (4) meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución o del acto administrativo que ordenó la liquidación del contrato. Si transcurrido este tiempo no se ha podido realizar la liquidación porque las partes no han llegado a un acuerdo sobre los términos de la misma o el contratista no ha respondido a la convocatoria hecha por la entidad contratante para efectos de realizar la liquidación, en los dos (2) meses siguientes al término previsto para la liquidación de común acuerdo, mediante acto administrativo debidamente motivado la administración puede liquidar unilateralmente el contrato.

No obstante, la norma sobre liquidación de los contratos fija que después de este término, es decir cuatro meses para liquidar de común acuerdo y dos meses para liquidar unilateralmente, dentro de los dos años siguientes es posible liquidar el contrato bien sea de común acuerdo o unilateralmente.

La importancia de la liquidación del contrato radica fundamentalmente en que es la oportunidad para que las partes resuelvan las divergencias que hubieren podido presentarse en la ejecución del contrato, llegar a acuerdos económicos o desequilibrios que surgieron en el desarrollo contractual, hacer las revisiones en cuanto a las obligaciones y prestaciones mutuas, entre otras. En las actas de liquidación es posible llegar a acuerdos parciales sobre los términos de la misma, los cuales deben constar en la respectiva acta, el contratista a su vez puede dejar constancia de las salvedades que considere pertinentes sobre la liquidación, una vez suscrita el acta parcial, la entidad pública puede expedir el acto administrativo que liquide unilateralmente las prestaciones u obligaciones sobre las cuales no hubo acuerdo.

Nuevamente y con el fin de dar claridad sobre el tema de la liquidación se presenta el siguiente ejemplo: Una entidad pública suscribe con un particular un contrato cuyo objeto es el suministro de combustible para los vehículos utilizados para el transporte del cuerpo directivo de la entidad. El plazo del contrato se fija por el término de un año, contado a partir del acta de inicio o hasta agotar presupuesto, lo que ocurra primero. En la ejecución del contrato se presentan dos circunstancias que generan divergencias entre las partes: la primera tiene que ver con la cantidad de suministro de combustible, ya que en el pliego de condiciones que dio origen a la contratación y el contrato suscrito se pactó que el suministro de combustible se debía realizar con un tope máximo de consumo por vehículo, situación que no fue atendida por el contratista en un determinado mes de ejecución, el segundo tiene que ver con el incremento del precio del galón de combustible por parte del gobierno nacional, por encima del incremento previsto en el contrato de acuerdo con el cual se había fijado que el contratista en el plazo de ejecución del contrato no podía subir el precio por encima del índice mensual de inflación.

En el acta de liquidación del contrato las partes pueden llegar a un acuerdo sobre estos dos puntos, de una parte aceptando el contratista que dado al haber suministrado combustible por encima del tope mensual fijado, la falta de observancia de esta obligación no es imputable a la entidad contratista, por otro lado, la entidad pública contratante puede efectuar un reconocimiento del mayor valor del galón de combustible por parte del contratista, en razón a que el incremento del precio no se debió o es imputable a su falta de pericia o conocimiento del negocio, ya que se trata de una situación externa al querer de las partes. Por lo tanto en el acta de liquidación es el acto mediante el cual las partes pueden conciliar las divergencias que hayan surgido en la ejecución contractual.

Respecto a la resolución de conflictos surgido en la ejecución contractual, señala el Estatuto que las entidades estatales y los contratistas pueden y deben utilizar los mecanismos que les permitan resolver de manera ágil las controversias. En caso de que ello no sea posible pueden hacer uso de la amigable composición, la conciliación o la transacción. También podrá hacerse uso del arbitramento, si dicha figura ha sido pactado como cláusula compromisoria dentro del contrato.

Con relación a las divergencias contractuales que hayan surgido en la ejecución del acuerdo negocial entre las partes, se señala que el juez competente es el de lo contencioso administrativo, ya que como se mencionó en la primera parte de este módulo, la definición contenida en el Estatuto Contractual sobre la calidad de contratos estatales a los negocios jurídicos celebrados por las entidades públicas a las cuales les aplicable en Estatuto en ejercicio de la voluntad, deriva en que la jurisdicción competente sea la contenciosa.

En materia de contratación estatal, la acción que se debe adelantar para la resolución de los conflictos surgidos con ocasión de la ejecución del contrato es la contractual, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Igual acción se debe interponer para demandar cualquier acto administrativo que se haya expedido con ocasión de la actividad contractual, por ejemplo cuando se ha impuesto una multa, se ha declarado el siniestro de incumplimiento o se ha decretado la caducidad a un contrato.

Por su parte, para el caso de los actos administrativos, es oportuno recordar que para ejercer la acción contractual, se debe agotar la vía gubernativa, es decir se debe haber presentado el recurso de reposición, si hubiere lugar a ello, ya que los actos administrativos contractuales solo son susceptibles de este recurso.

No obstante, el acto de adjudicación tiene características diferentes a los demás actos expedidos con ocasión de la actividad contractual, específicamente los siguientes:

1. Es irrevocable y obliga a la entidad estatal y al proponente adjudicatario. Sin embargo esta regla general admite dos excepciones: en caso de que posterior a la adjudicación sobreviene una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobre el adjudicatario o se prueba que la adjudicación se obtuvo a través de medios fraudulentos.
2. Contra el acto administrativo de adjudicación no proceden recursos por la vía gubernativa
3. La acción contenciosa que se debe ejercer para su controversia es la de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual se exige una cierta calidad al demandante y es la prueba de la afectación de su derecho que se ha ocasionado con su expedición.

