

LA NULIDAD COMO MEDIO DE CONTROL EN LA LEY 1.437 DE 2011 ¿UNA NUEVA INCONSTITUCIONALIDAD?

DR. NESTOR RAUL SANCHEZ BAPTISTA

Fecha de recepción: 27 de Abril de 2011 – Fecha de aceptación: 1 de junio de 2011

Resumen

El artículo 137 de la Ley 1.437 de 2011 establece que la nulidad, como medio de control judicial contra los actos administrativos, procede contra los de carácter general y, excepcionalmente, contra ciertos y determinados actos de naturaleza particular y concreta, plasmando así en la ley lo que venía sosteniéndose en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, y modificando el postulado general establecido en el artículo 84 del CCA, según el cual la nulidad procede contra todos los actos administrativos definitivos, generales o particulares. Tal concepción jurisprudencial fue considerada contraria a la Constitución Política por la Corte Constitucional con la sentencia C-426 de 2002, en la medida en que era restrictiva del derecho de acceso a la justicia al contener limitaciones no establecidas en la ley. Ahora que fue incorporada a la ley surge el interrogante de si tal inconstitucionalidad fue superada, dado que en los considerandos de aquella se enfatizó en la estrecha relación existente entre la acción de nulidad y el principio de legalidad, para la salvaguarda de la integridad del ordenamiento jurídico sin limitaciones que se consideran constitucionalmente ilegítimas, desproporcionadas e irrazonables.

Palabras Claves: *Nulidad de actos administrativos, medios de control, guarda de la integridad del ordenamiento, derecho de acceso a la justicia, restricciones legales, inconstitucionalidad.*

Abstract

The article 137 of law 1437-2011 establishes that the nullity the way of judicial control against of administrative acts, proceeds against to the general, particular and casualty acts, establishing of law all about jurisprudence of Consejo de Estado Colombiano and change the general postulate establish in the article 84 ACC that the nullity proceeds against of all final, general and particular administrative acts. This jurisprudential conception was considered opposite to the political constitution for constitutional court with the sentence C-426-2002, while it was restrictive the possibility access to the justice because it have limitations that the law do not establish. Now the sentence was incorporate to the law generates a question about if this inconstitutionality was overcome given that the sentence emphasize the relation

between nullity action and the principles of legality, that protects the integrity of the juridical classification without constraint that are considered constitutionally illegitimate, disproportionate and unreasonable.

Key Words: *Nullity of administrative acts, Means of control, Integrity of the classification, Possibility of access to the justice, legal restrictions, unconstitutionality.*

I. INTRODUCCIÓN

La comunidad jurídica colombiana tiene nuevamente la oportunidad de ocuparse de uno de los temas de mayor sensibilidad en el contencioso administrativo, esto es, la forma como proceden las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, establecidas actualmente en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto Extraordinario No. 01 de 1984, y consagradas con el nombre de medios de control en los artículos 137 y 138 de la Ley 1.437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que comenzará a regir en nuestro país el 2 de julio de 2012¹, esta vez con ocasión de la reforma legal introducida a la acción de nulidad por el nuevo Código y teniendo en cuenta que el artículo 137 que la consagra como “medio de control” establece que procede a instancias de toda persona para solicitar, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general y, excepcionalmente, de los actos administrativos de carácter particular siempre que: i) No implique el restablecimiento automático de un derecho; ii) se trate de recuperar bienes de uso público; iii) sus efectos lesionen gravemente el orden público; y iv) que la ley lo consagre expresamente. Esto significa que a partir de su vigencia, Colombia tendrá establecido un medio de control judicial distinto del tradicionalmente contemplado en la legislación nacional para la guarda de la integridad del ordenamiento jurídico frente a actos administrativos que le sean contrarios.

Vista la presentación que trae el artículo 137, la reforma consiste en que mientras el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo permite que toda persona pueda demandar, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos, sin distinción alguna respecto de su generalidad o particularidad, el artículo 137 de la Ley 1.437 la circunscribe a la demanda de ciertos y determinados actos administrativos de carácter particular y concreto, por lo que no procede contra todos ellos, como hasta ahora, sino contra los generales y, excepcionalmente, contra los particulares establecidos en él. O sea que, a partir de su vigencia, existirán unos actos administrativos particulares, subjetivos o concretos, no demandables en nulidad, por expresa disposición legal.

¹ D.O. No. 47.956 de enero 18 de 2011.

¿A qué obedece la reforma? Sin duda no es casual. Está relacionada con una relativamente reciente confrontación conceptual entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto de la forma como debe entenderse la procedencia de tales acciones, de conformidad con las interpretaciones opuestas e incompatibles sostenidas por cada Corporación en torno de los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Extraordinario No. 01 de 1.984.

Siempre fue necesaria la interpretación jurisprudencial sobre tal forma de procedencia, habida cuenta de que ni los artículos 72 a 80 de la Ley 130 de 1913 ni los artículos 66 y 67 de la Ley 147 de 1961 lo establecieron. En estas leyes, consideradas como los primeros Códigos Contencioso Administrativos en Colombia, tampoco se hizo distinción sobre los actos administrativos demandables en cada caso, haciéndolas procedentes contra “los actos administrativos”. Como desde 1914 fue recurrente que una persona, como cualquier persona, y diciendo ejercer la acción pública o de nulidad establecida en dichas leyes contra actos particulares y concretos, creadores de situaciones jurídicas sustanciales subjetivas de quien demandaba o de un tercero, fue indispensable que el Consejo de Estado delinea teóricamente las condiciones del ejercicio de una y otra en armonía con lo previsto en la ley respectiva. Entre 1915 y 1990 se formularon por lo menos tres tipos de interpretación sobre la forma de proceder de las dos acciones, a cuyos contenidos nos iremos refiriendo progresivamente en este escrito.

Pero fue en 1.990 que el Consejo de Estado sostuvo que con fundamento en lo previsto por los artículos 216 de la C.P. y 84 del Código Contencioso Administrativo de 1984, la acción de nulidad procedía contra actos administrativos generales, pero que “...cuando el acto administrativo cree o reconozca una situación o un derecho individual que, a juicio del legislador, afecten de alguna manera el ejercicio general de los derechos y libertades, impida su efectividad o sea incompatible con el orden jurídico y los fines del Estado, **es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, siempre y cuando la Ley haya previsto el uso de este contencioso objetivo contra el acto individual.** Si la ley no establece concretamente la acción popular y objetiva contra el tipo de acto subjetivo que se pretenda atacar ante el juez administrativo, tal providencia no será posible juzgarla en esa vía”² (Negrilla propia), limitando así la procedencia del contencioso objetivo de anulación a ciertos y determinados actos particulares, con la condición de que la ley lo establezca. A pesar de que dijo adecuar así la llamada teoría de los motivos y finalidades planteada por la misma Corporación desde 1961, resultó evidente, como se verá, que se trataba de una nueva formulación jurisprudencial, no solo no relacionada con la anterior, sino distinta y antagónica, en absoluto incompatible con aquella.

² Colombia. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª. Auto de agosto 2 de 1990. Exp. No. 1.482. Actor: Oswaldo Cetina Vargas. C.P. Dr. Pablo José Cáceres Corrales.

Que la acción de nulidad procedía contra todos los actos creadores de situaciones jurídicas generales e impersonales, y contra todos aquellos de naturaleza particular, creadores de situaciones jurídicas personales o subjetivas, sólo en los casos establecidos en la ley, resultó un novedoso planteamiento en la época que fue consolidándose en la jurisprudencia y en la doctrina colombianas, al punto que se convirtió, a los pocos años, en jurisprudencia oficial de la Corporación³⁻⁴. Según los planteamientos contenidos en las providencias que se acaban de citar, la acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos de carácter general, y contra los siguientes actos de carácter particular y concreto: “...1.- Los actos electorales concretos (artículos 223 y SS del C.C.A.); 2.- Los contentivos de cartas de naturaleza (artículos 221 y SS. ibídem); 3.- Los de nombramientos de empleados del control fiscal de la Nación (artículo 57 de la Ley 20 de 1975); 4.- Los nombramientos ilegales de funcionarios (artículo 9 del decreto legislativo 2898 de 1953); 5.- Los de patentes (artículo 567 del C. CO.); 6.- Los de certificados de dibujos o modelos industriales (artículo 580 ibídem); 7.- Los de certificados de marcas (artículo 596 ibídem); 8.- Las resoluciones de adjudicación de baldíos expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA - (artículo 13 de la Ley 30 de 1988, subroga torio del artículo 37 de la Ley 135 de 1961)”, y “...cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, es especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos”.

Esta concepción fue demandada ante la Corte Constitucional por considerarse restrictiva del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, tomando en cuenta que las limitaciones aludidas no se encuentran establecidas en los artículos 84 y 85 citados, desbordándose con ellas lo previsto en su sentido literal, que no prevé restricción alguna. Habiéndose solicitado su pronunciamiento, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 84⁵, en el entendido de que lo que distingue las dos acciones es la pretensión, sobre la base de que efectivamente la tesis jurisprudencial mencionada sobre su procedencia era abiertamente inconstitucional, tesis que no podían ser, en adelante, criterio válido y legítimo para conferir entendimiento a los artículos 84 y 85 ya citados. El argumento central de los considerandos del fallo de la Corte fue el de considerar que mal puede

³ Colombia. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª. Sentencia de octubre 26 de 1.995. Exp. No. 3.332. Actor: Rodolfo Vergara Hoyos. C.P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

⁴ Colombia. C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de octubre 29 de 1.996. Exp. No. S-404. Actor: Jesús Pérez González-Rubio. C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

⁵ Colombia. C.C., Sala Plena. Sentencia C-426 de mayo 29 de 2002. Actor: José Félix Hoyos Lemus. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

la jurisprudencia imponer restricciones al derecho de acceso a la justicia *si tales restricciones o condiciones no se encuentran establecidas en la ley.*

Con lo dispuesto en el artículo 137 tales limitaciones y condiciones ya están en la ley: La Ley 1.437 de 2011. ¿Serán ahora constitucionalmente legítimas? Si las interpretaciones jurisprudenciales anotadas contrariaban la Constitución Política por no tener respaldo en la ley que establece las acciones, debe pensarse entonces si ahora que están en la ley se acomodan con la Constitución. El propósito del presente artículo es precisamente el de plantear la posible inconstitucionalidad de la previsión contenida en el artículo 137 de la Ley 1437, a juzgar no sólo por las consideraciones integrales de la Corte en el fallo citado, sino y especialmente, en las exigencias impuestas por la vigencia del principio de legalidad y los instrumentos procesales concebidos y establecidos para su preservación en Colombia.

La exposición tiene las siguientes partes: 1) Se presentarán los elementos que configuran la nulidad como medio de control en la Ley 1437, y aquellos que la distinguen de la preceptiva legal actual; 2) Se expondrá, brevemente, el recorrido jurisprudencial en el Consejo de Estado de las concepciones que definen la procedencia de las dos acciones; 3) Se presentarán los considerandos doctrinarios pertinentes de la sentencia C-426 de 2.002; 4) Se harán los planteamientos que inducen a pensar en la inconstitucionalidad del artículo 137 de la Ley 1.437, y 5) Se plantearán las conclusiones y específicamente se planteará la corrección de la tesis original de los motivos y finalidades planteada originalmente el 10 de agosto de 1961.

El escrito se fundamenta casi exclusivamente en tesis jurisprudenciales, por lo que las citas doctrinarias son pocas y tangenciales, ya que el problema jurídico surge de las interpretaciones de la jurisprudencia. Aquí se contienen algunos conceptos plasmados en la tesis de grado del autor como Magíster en Derecho Público en la Universidad Externado de Colombia en la ciudad de Bogotá, en 2.009⁶.

Al Código Contencioso Administrativo actual, contenido en el Decreto Extraordinario No. 01 de 1984, nos referiremos como el CCA, y al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437, nos referiremos como CPACA.

⁶ SANCHEZ BAPTISTA, Néstor Raúl. *Los motivos y finalidades: Una tesis vigente.* Tesis de Grado. Maestría en Derecho Público. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., junio 9 de 2009. Sin publicar.

1. LA NULIDAD COMO MEDIO DE CONTROL JUDICIAL EN EL CPACA

El artículo 137 del CPACA establece con el nombre de “medio de control” judicial, lo que Colombia ha conocido como “acción de nulidad” desde que fuera prevista por los artículos 72 y siguientes de la Ley 130 de 1913. Y prevé que toda persona podrá solicitar la nulidad de actos administrativos de carácter general, es decir, los de naturaleza abstracta e impersonal, los de tipo reglamento. Y, además, de los siguientes actos administrativos de carácter particular, frente a los cuales procede de manera “excepcional”:

- 1.1** Cuando de la nulidad eventualmente declarada en proceso no se produzca el restablecimiento automático del derecho ni para el demandante, ni para un tercero. Y ello se estableció porque, de producirse dicho restablecimiento en forma directa e inmediata con la declaración de nulidad, sin necesidad de declaraciones o condenas adicionales, se estaría desnaturalizando el medio de control para tornarlo en uno de restablecimiento del derecho, que exigiría legitimación en la causa y el cumplimiento de todos los presupuestos procesales o requisitos de procedibilidad previstos en la ley para su ejercicio. Esta previsión, en la práctica, hace procedente la demanda de nulidad contra todos los actos administrativos de carácter particular, salvo si su declaración implica el restablecimiento en forma automática. Debe tenerse en cuenta que, así como está redactado el artículo, permite que la petición de nulidad recaiga sobre un acto de naturaleza particular, sea que reconozca, modifique un derecho, o que lo niegue o lesione, y por su titular o persona afectada, o por un tercero.
- 1.2** Cuando con la petición de nulidad se busque recuperar bienes de uso público. Esta opción se refiere a la posibilidad de demandar, en simple nulidad, actos particulares que confieran derechos sobre el espacio público a personas o entidades públicas o privadas, o a personas naturales, con fines de recuperación. Obviamente no puede referirse a los actos que nieguen el otorgamiento de derechos sobre el espacio público pues en tal evento no hay recuperación.
- 1.3** Cuando los efectos del acto administrativo sean nocivos y afecten de manera grave el orden público político, económico, social o ecológico. Este evento se refiere a la afectación grave, sobre la base de que los efectos del acto administrativo sean nocivos, esto es, que si no lo son, el acto que contenga la medida correspondiente no será demandable en simple nulidad.
- 1.4** Cuando la ley lo consagre o permita expresamente. Esta posibilidad se relaciona con aquellos casos en que el propio legislador establece la procedencia de la acción de nulidad contra actos administrativos particulares, como ocurre actualmente en una decena de casos, a los que se hará referencia más adelante.

Como puede apreciarse, la nulidad habrá sufrido un cambio legislativo cuando entre a regir el CPACA. Ya no procederá contra todo acto administrativo de carácter definitivo, sea general o particular, sino que procederá contra los actos administrativos generales, y contra los particulares en los eventos establecidos por el artículo 137 de dicho Código. Con tal regulación, creemos nosotros, se espera superar la crisis jurisprudencial vivida en el país pues la confrontación entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado alrededor de la procedencia de las dos acciones básicas contempladas para demandar actos administrativos se reproduce permanentemente en la práctica judicial, pues como la ley nunca distinguió la clase de acto demandable con cada una de ellas, fue la jurisprudencia la que tuvo que asumir la tarea de hacerlo.

2. EL ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES DE NULIDAD Y DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En el derecho procesal administrativo colombiano las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, siendo distintas, incluyen la pretensión de “nulidad de actos administrativos”. En principio y al tenor de lo dispuesto por los artículos 84 y 85 del CCA, ambas proceden contra todo acto administrativo, salvo las excepciones legales, dentro de las que se destacan las relativas a los actos de trámite, los preparatorios y los de ejecución, pues ninguno de ellos constituye expresión de voluntad de la administración, careciendo de contenido normativo, por lo que, por regla general, no son justiciables.

A pesar de que la legislación no ha hecho distinciones, la clase o naturaleza jurídica del acto administrativo genera ciertas consecuencias jurídicas, también distintas, según la perspectiva aplicada y la regulación vigente, no siempre relacionadas con la acción que sea procedente para impugnarlos judicialmente. Así por ejemplo, si el acto tiene alcance nacional o simplemente local no influye para nada en el tipo de acción que deba utilizarse para demandar su nulidad pues, a lo sumo, aquello incide en la competencia judicial; tampoco determina la acción procedente el hecho de que el acto sea verbal o es escrito o si es simple o complejo, o si por su denominación se trata de un decreto, de una resolución, de un acuerdo o de una circular de servicio. En cambio, los efectos jurídicos que produce un acto administrativo dentro del ordenamiento jurídico, en la medida en que constituya un acto general de tipo reglamentario, creador de una situación jurídica abstracta e impersonal, oponible frente a todos, o un acto particular y subjetivo que cree, modifique o extinga una determinada relación jurídica sustancial, sí resulta clave en la definición del instrumento procesal idóneo para demandarlo judicialmente, sobretodo porque la ley siempre ha establecido quién es el titular de cada una de ellas, limitando la nulidad y el restablecimiento del derecho a la persona “*que se crea lesionada*” en su derecho suyo con el acto administrativo que demanda. Por eso tal naturaleza constituye

referente ineludible en el diagnóstico sobre la procedencia de una u otra de tales acciones, y ha representado el núcleo de la controversia jurídica en la doctrina y la jurisprudencia nacionales sobre el tema.

Y ello ha sido así porque la procedencia de la acción de nulidad contra actos administrativos de naturaleza general y abstracta no ha producido resistencia ni epistemológica ni doctrinaria ni pragmática. Es lo natural y obvio dada su conexión con el principio de legalidad que inspira y sostiene al Estado de Derecho. El problema que ha ocupado a la doctrina y a la jurisprudencia, de tiempo atrás, consiste en establecer con qué condiciones procede la acción de nulidad contra actos administrativos generadores de situaciones particulares, subjetivas o concretas o, lo que es lo mismo, que crean, modifican o extinguen una específica relación jurídica subjetiva, por la necesidad de resolver judicialmente ciertos eventos de la vida real, ya que no en pocas ocasiones una persona ejerce la acción de nulidad contra actos administrativos de índole particular y concreto sin tomar en cuenta que con la sola nulidad se produce el restablecimiento de un derecho, o que para la prosperidad de tal restablecimiento es necesario verificar su legitimación como accionante y la observancia de presupuestos procesales como el agotamiento de la vía gubernativa y la no caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho procedente. Para delimitar el marco conceptual dentro del cual debe decidirse, en cada caso, cuál de dichas acciones es la jurídicamente idónea, la práctica judicial se ha servido de las demandas presentadas por quienes invocan su condición de “cualquier persona” en ejercicio de la acción de nulidad, contra actos particulares que se refieren a situaciones jurídicas subjetivas propias de quien demanda, e incluso relativas a derechos de terceros⁷.

Al abordar el problema, a partir de 1915, el Consejo de Estado ofreció la solución con dos matices. El primero⁸, consistente en considerar que el acto administrativo que afecta derechos civiles solo puede ser demandado por su titular, en ejercicio de la llamada acción privada consagrada en el artículo 80 de la Ley 130 de 1913, en tanto que el acto administrativo que no los afecta podía ser demandado por cualquier persona en ejercicio de la acción pública contenida en el artículo 79 de la misma ley, posición que en lo sucesivo se generalizó con el concepto de interés para demandar.

⁷ En adelante, los conceptos relación jurídica subjetiva y derecho subjetivo serán utilizados como sinónimos.

⁸ Colombia. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de mayo 7 de 1915. C.P. Dr. Adriano Muñoz. Actor: Antonio José Cadavid. Anales del Consejo de Estado, año 1° de 1915, pp. 633- 640. Fue la primera sentencia sobre el tema. El demandante, como ciudadano y en ejercicio de la acción pública establecida por el artículo 79 de la Ley 130 de 1913, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, solicitó la nulidad de varios actos del Ministro de Obras Públicas, con los que ordenó al Intendente del Chocó suspender el trámite de unos denuncios de minas por ser de propiedad privada y no encontrarse abandonadas, no siendo el actor titular de ningún derecho sustancial sobre las mismas, es decir, siendo un tercero en las relaciones jurídicas respectivas.

Se sostuvo entonces que la acción pública permitía solicitar la nulidad de *un acto administrativo violatorio del régimen legal en interés social*, en tanto que la acción privada procedía para la petición de nulidad de los actos violatorios de dicho régimen, pero esencialmente *por ser lesivos específicamente de derechos civiles con perjuicio concreto y directo del interés particular que se quería defender*⁹. Y el segundo, derivado del anterior y en conexión con él, consistente en afirmar que la acción pública procede contra actos de disposición reglamentaria general e impersonal, mientras que contra los que comportan la regulación de un derecho particular como el de propiedad, procede la acción privada¹⁰. Comoquiera que *el interés*, en cada caso, estaba relacionado con el contenido del acto administrativo correspondiente, en forma paulatina pero perceptible se fue labrando la máxima según la cual la acción pública procedía para la anulación de actos administrativos de carácter general, y la acción privada procedía para la nulidad de los actos administrativos de carácter individual, particular o concreto¹¹.

A pesar de lo anterior, los fallos proferidos por el Consejo de Estado antes de 1961 e incluso durante la vigencia de la Ley 167 de 1941 o Código Contencioso Administrativo, que derogó a la Ley 130 de 1913, cuyos artículos 66 y 67 consagraron las acciones de nulidad y de plena jurisdicción, respectivamente, referían, indistintamente, tanto al concepto del interés, como al concepto de la generalidad o la particularidad del acto administrativo acusado y, en tal sentido, se afirmó:¹²

⁹ Colombia. C. de E. Sentencia de agosto 23 de 1934. C.P. Dr. Román Gómez. Actor: Luis Ocampo Z. quien, como ciudadano, demandó un capítulo de una ordenanza de la Asamblea Departamental de Caldas, relativa al régimen jurídico de los bienes ocultos de los Municipios, por considerarlo contrario a la Constitución Política y a la Ley 4 de 1913. Anales del Consejo de Estado, T. XXVII, pp. 352-359.

¹⁰ Colombia. C. de E., sentencia de julio 13 de 1938. C.P. Dr. Elías Abad Mesa. Actor: Alfonso Uribe Misas. Anales del Consejo de Estado, T. XXXIV, pp. 636- 645. El demandante, en ejercicio de la acción pública, pidió la nulidad de unos artículos de dos acuerdos del Concejo Municipal de Medellín, con los que se estableció un gravamen por la prestación del servicio de energía eléctrica a ciertos establecimientos como de educación, del culto, de beneficencia y de residencias, por estimarlos violatorios de la Constitución Política y de la Ley 4 de 1913.

¹¹ Esta tesis fue planteada así, categóricamente, con la sentencia de abril 9 de 1940. C. de E., C.P. Dr. Guillermo Peñaranda Arenas. Anales del Consejo de Estado, T. XLI No. 209-292, pp. 375-378. Allí se sostuvo que "...en la acción pública la demanda debe ser propuesta por cualquier ciudadano interesado en la guarda de la Constitución y de las leyes, cuyo imperio considere perturbado por actos o providencias administrativas de carácter general, impersonal, objetivo" (En tanto que la acción privada) "...se refiere a los actos creadores de una situación de derecho subjetivo, individual o concreto como se les califica por la doctrina, (caso en el que) la decisión contencioso-administrativa debe declarar, además de la anulación, la lesión ocasionada al derecho subjetivo del demandante y restituirle en el ejercicio norma de su derecho, cuando así lo indique".

¹² Por ejemplo, C. de E., auto de marzo 29 de 1955. C.P. Dr. Idelfonso Méndez. Actor: Antonio Hermes Luján. Anales del Consejo de Estado, T. LX No. 377 a 381, pp. 467- 469. En el caso se pidió la nulidad de una resolución de la Junta Nacional de Escalafón de Enseñanza Secundaria, por medio de la cual se separó del mismo al actor.

“...como son muchas las demandas que deben resolverse en forma adversa por error de los abogados en la escogencia de la acción adecuada, se precisa el sentido y el alcance de la jurisprudencia del Consejo a este respecto:

- a) Los autos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivas, deben ser demandados mediante el ejercicio de la acción de nulidad consagrada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, la que es pública, por estimarse que haya **interés de la comunidad** en la conservación del orden jurídico general.
- b) Contra los actos, hechos u operaciones administrativos que establecen situaciones individuales y concretas únicamente procede la vía de la plena jurisdicción, de que hablan los artículos 67 y 68 ibídem, los cuales conceden a la persona perjudicada no sólo el derecho abstracto de restablecer la legalidad, sino la posibilidad de obtener a la Administración la reparación del daño concreto que ésta le infringió en su derecho subjetivo.
- c) También la acción de nulidad procede contra los actos condiciones que interesan a la sociedad, tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que la inviste de un poder legal”. [Negrilla fuera de texto].

Ya vigentes los artículos 66 y 67 de la Ley 167 de 1941 o Código Contencioso Administrativo, la jurisprudencia siguió sosteniendo que, en vista de que las acciones de nulidad y de plena jurisdicción procedían contra todo tipo de actos administrativos de carácter definitivo, lo que definía su procedencia era la generalidad o la particularidad del acto administrativo a demandar; por tanto, que los actos administrativos de naturaleza general y abstracta, dada su estrecha relación con el principio de legalidad, eran demandables por la vía de la acción de nulidad, y que los actos de índole particular y concreto, dada su fuerte conexión con los derechos afectados, lo eran con la acción de plena jurisdicción. Y, alternativamente, volvía al concepto de interés. Dijo así en la primera sentencia dictada sobre el tema con la vigencia de la Ley 167 de 1941:

“...un acto administrativo creador de una situación jurídica individual y concreta. . . sólo puede ser impugnado por quien demuestre **un interés jurídico** en ello, es decir, por quien demuestre que sus derechos civiles han sido lesionados por el acto acusado. Sentada esta premisa, es forzoso concluir que la acción pública intentada... es improcedente, comoquiera que dicha acción se ejercita en los casos en que es preciso restablecer el orden jurídico quebrantado en abstracto por una actuación administrativa, pero de ninguna manera cuando se quiere restablecer el desequilibrio

causado por un acto administrativo en el patrimonio jurídico de los ciudadanos”¹³. [Negrilla propia].

En 1961 el Consejo de Estado¹⁴ concibió la tesis de los motivos y finalidades asignados a cada una de esas dos acciones por la ley, sosteniendo que no es la generalidad o la particularidad del acto administrativo a demandar lo que determina cuál de ellas procede, sino el motivo y la finalidad que la ley les atribuye, rectificando así la doctrina anterior. Se dijo entonces que si lo que se pretende –fin– es la sola nulidad del acto administrativo para hacer efectiva la protección del ordenamiento jurídico con el único interés –motivo– en la preservación de la legalidad abstracta, es procedente el ejercicio de la acción de nulidad; y si, por el contrario, lo que se pretende –fin– es el restablecimiento de un derecho lesionado con un acto administrativo con interés –motivo– no solo en la preservación de la legalidad sino, y sobre todo, en dicho restablecimiento, es procedente era el ejercicio de la acción de plena jurisdicción¹⁵.

El cambio de concepción, que había sido insinuado en 1959, año en que se sostuvo que el factor definitorio en la procedencia de las dos acciones lo era el “interés que dimana de la naturaleza del acto que se estima contrario a la legalidad”¹⁶, o lo que es lo mismo, la conciencia de que las tesis anteriores eran erróneas e insuficientes para satisfacer las necesidades del servicio de justicia, fue expuesto con toda nitidez en 1961, abandonando los conceptos precedentes, porque se reconoció que tal distinción no tenía ni origen ni respaldo en la ley que las contenía, pues ambas acciones estaban

¹³ Colombia. C. de E., sentencia de octubre 9 de 1941. C.P. Dr. Gustavo Hernández Rodríguez. Actor: Max Galvis. Anales del Consejo de Estado, Tomo XLVII, No. 308-310. pp. 1251-1253. El demandante, en ejercicio de la acción de nulidad, pidió la anulación de unas resoluciones del Ministerio de Educación Nacional que habían negado la licencia para ejercer la odontología al señor Rafael Alarcón.

¹⁴ Colombia. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 10 de 1961. C.P. Dr. Carlos Gustavo Arrieta Alandete. Actor: Matías Silva. Anales del Consejo de Estado, T. LXIII, primera parte, pp. 202 a 205. El demandante, en ejercicio de la acción de nulidad, pidió la anulación de unas resoluciones del Ministerio de Agricultura, una de las cuales otorgó una concesión de aguas, y la otra declaró de utilidad pública una zona de terreno para realizar unas obras para el acopio de agua de la quebrada Angosturas en el departamento del Huila a la señora Margarita Ucrós de Durán.

¹⁵ Consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, C.C.A. vigente en la época, como acción de plena jurisdicción, establecida en el artículo 85 del Decreto Ley 01 de 1984, C.C.A. vigente hoy.

¹⁶ Colombia. C. de E., Sala de Negocios Generales. Sentencia de Agosto 20 de 1959. C.P. Dr. Guillermo González Charry. Actor: Señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Anales del Consejo de Estado, Tomo LXII, pp. 82- 86. El Fiscal del Tribunal Superior de Medellín, demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de la misma ciudad, y en acción de nulidad, la resolución No. 57 de 13 de marzo de 1957, dictada por el Gobernador de Antioquia para reconocer a Heraclio Parra Galvis un auxilio de cesantía como contador de la campaña de salubridad, el que se liquidó tomando por base un “sobresueldo” que devengaba en el cargo, con violación de lo dispuesto por los artículos 64 de la Constitución Nacional, 17 de la Ley 6 de 1945 y 3 de la Ley 65 de 1946, sobre la incompatibilidad de los conceptos devengados.

consagradas por ella para la impugnación de todo tipo de actos administrativos definitivos, independientemente de su generalidad o particularidad, dado que en ambos casos el contenido de la pretensión involucraba la petición de nulidad del acto demandado, con independencia de su naturaleza jurídica. Y se agregó que, como de todas maneras se trataba de dos instrumentos procesales diferentes, el rasgo distintivo no radicaba en la clase o tipo del acto administrativo contra el cual se dirigieran, esto es, su generalidad o particularidad, sino que, como ocurre con la acción de nulidad, “...El criterio a seguir para apreciar su procedencia es el que imponen esos mismos preceptos: **Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley**, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia...”, con lo que quedó plasmada la nueva concepción, conocida en nuestro medio como “teoría” de los “motivos y de las finalidades” que define la procedencia de estas dos acciones contencioso administrativas, base de la estructura teórica con que se complementó su estudio.

Esta tesis no fue la única formulada por la jurisprudencia, si bien fue generalmente acogida y aplicada para la resolución de conflictos de esta naturaleza por los años siguientes. En 1990 se planteó otra tesis por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁷, matizada posteriormente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, según la cual, si bien era cierto que la acción de nulidad procedía contra todo tipo de actos administrativos, también lo era que contra los actos particulares, subjetivos o concretos, procedía solamente en los casos especiales previstos en la ley, pues fue lo cierto que la jurisprudencia comprobó que existía una serie de actos administrativos particulares específicos, perfectamente identificados y enlistados, a los cuales se hacía expresa referencia en la ley, como susceptibles de controversia judicial por la vía de la acción de nulidad; igualmente, se sostuvo que tal acción procedía en las mismas condiciones, cuando el acto administrativo y su nulidad involucraran un asunto de importancia o trascendencia nacional por razones económicas, sociales o políticas. Según se prevé en el auto de 1990 y en las sentencias ya citadas de 1995 y 1996¹⁸, el Consejo de Estado colombiano estimó que la acción de nulidad procede contra actos administrativos generales, y contra los actos de naturaleza particular, en los siguientes casos: a) El acto electoral; b) La carta de naturaleza; c) El acto de nombramiento de empleados de control fiscal de la Nación; d) Todo acto de nombramiento público ilegal, e) Los actos sobre certificación de registro de marcas en la propiedad industrial; f) Los actos

¹⁷ Colombia. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de agosto 2 de 1990. C.P. Dr. Pablo Cáceres Corrales. Actor: Oswaldo Cetina Vargas. Exp. No. 1482. El demandante, como cualquier persona, siendo ajeno a la relación jurídica surgida del acto demandado, en ejercicio de la acción de nulidad, pidió la anulación de la resolución del Gerente de la Empresa Puertos de Colombia S.A., con la que se había ordenado el pago de una suma de dinero a un consorcio contratista, a título de indemnización por ruptura del equilibrio en la ecuación financiera de un contrato.

¹⁸ Notas 3 y 4 de pie de página en este escrito.

que decretan una expropiación; g) Los actos con los que se expida, modifique, cancele un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental; h) Los actos de adjudicación de baldíos por parte del INCORA, hoy INCODER, e i) Los actos en cuya vigencia o anulación se observe un interés para la comunidad. Por tanto, en ellas se concluyó, según la regla común y obvia, que “...los actos administrativos de carácter general son objeto de la acusación mediante la acción de nulidad en todos los casos por determinación del artículo 216 de la Constitución política y de los artículos 82, 83 y 84 del C.C.A. que lo desarrollan. Su titularidad pertenece a cualquier persona pública o privada”. Pero agregó que si el acto administrativo es de aquellos que crea o reconoce una situación o un derecho individual que, a juicio del legislador, afecta el ejercicio general de los derechos y libertades, o impide “...su efectividad o sea incompatible con el orden jurídico y los fines del Estado, **es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, siempre y cuando la Ley haya previsto el uso de este contencioso objetivo contra el acto individual.** Si la ley no establece concretamente la acción popular y objetiva contra el tipo de acto subjetivo que se pretenda atacar ante el juez administrativo, tal providencia no será posible juzgarla en esa vía”. (Negrilla y subraya fuera de texto).

Transcurrieron varios años en los que, a pesar de hacerse evidentes algunas diferencias de criterio entre los fallos de las Secciones Primera, Segunda y Tercera, la doctrina se mantuvo como criterio de definición de la procedencia de una u otra de las acciones, según las exigencias fácticas de los casos sometidos a su consideración y con sujeción a la configuración básica de las dos acciones.

Este referente jurisprudencial recibió un duro golpe con la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 84 del CCA por parte de la Corte Constitucional con la sentencia C-426 de 2002¹⁹, al decirse en ella que la doctrina de los motivos y finalidades era contraria a la Constitución Política por ser restrictiva del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, ya que, conjuntamente con la tesis complementaria expuesta por el mismo Consejo de Estado en 1990, limitaba la procedencia de la acción de nulidad contra actos particulares a los casos especiales en que la ley así lo dispusiera, o cuando con el acto y su nulidad estuviera involucrado un asunto de trascendencia nacional. Dicha exequibilidad fue declarada “...*siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto, en los términos de la parte motiva de esta Sentencia*”, con lo que quedó entendido además que el factor distintivo entre la acción de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho radica en *la pretensión* y no el motivo y/o la finalidad de cada una, así como tampoco

¹⁹ Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de mayo 29 de 2002. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Actor: José Félix Hoyos Lemus.

en el hecho de que fuera la ley la que estableciera la procedencia de la nulidad contra ciertos y determinados actos administrativos particulares. Y como se dijo en la parte resolutive de esta sentencia, lo sostenido en su parte considerativa como *ratio decidendi*, quedó incorporado a lo resuelto con la fuerza de la cosa juzgada constitucional que le es propia.

3. Las razones de la inconstitucionalidad de la jurisprudencia sobre la procedencia de las dos acciones en la sentencia C-426 de 2.002

Según el fallo citado de constitucionalidad condicionada, la interpretación jurisprudencial que por años sostuvo la jurisdicción contencioso administrativa y que reprodujeron la doctrina y la academia nacionales como referente del entendimiento de los artículos que establecieron, sucesivamente, tales acciones, fue excluida del ordenamiento colombiano por inconstitucional. Y como resultado de los efectos normativos vinculantes de la cosa juzgada constitucional²⁰, toda la doctrina hasta ahora elaborada en este tema se considera contraria a la Constitución Política, ha quedado retirada del ordenamiento jurídico, y ha dejado de constituir el eje central de la distinción y del diagnóstico cuando se trate de resolver cuál de dichas dos acciones es la procedente en un caso determinado, lo que implica, por lo menos formalmente, que en la práctica judicial contencioso administrativa no se pueden resolver las controversias con dichos fundamentos sin transgredir con ello los efectos de la cosa juzgada constitucional.

El problema jurídico que debió resolver la sentencia se puede sintetizar así: Según lo previsto en los artículos 84 y 85 del CCA las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho proceden contra todo tipo de actos administrativos de carácter definitivo, independientemente de su generalidad o particularidad, que dichas disposiciones no toman en cuenta; entonces, la tesis jurisprudencial del Consejo de Estado según la cual la acción de nulidad procede contra los actos administrativos generales y contra ciertos y determinados actos particulares establecidos en la ley, y con la condición de que ella así lo establezca, así como contra aquellos cuyos efectos jurídicos revistan cierto interés para la comunidad por razones políticas, económicas, ambientales o sociales, no se ajusta a las previsiones constitucionales sobre el derecho de acceso afectivo a la administración de justicia, toda vez que tales condiciones jurisprudenciales no se encuentran establecidas en la ley.

²⁰ Cfr. Entre tantas, las siguientes especialmente consultadas: Colombia. Corte Constitucional, sent. C-131 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, sent. C-492 de 2000. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, sent. C-774 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional, sent. C-310 de 2002. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional, sent. C-211 de 2003. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

La Corte Constitucional estimó, efectivamente, que tal interpretación jurisprudencial no coincide con lo que se desprende del sentido natural y obvio de lo previsto en los artículos 84 y 85 del CCA, en la medida en que con las condiciones establecidas, se estaba limitando o restringiendo su ejercicio, con desmedro del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia: Si tales condiciones no están establecidas en la ley, las limitaciones o condiciones resultan constitucionalmente ilegítimas.

Los argumentos centrales y pertinentes del fallo citado fueron los siguientes:

- 3.1** La estructura jurídico-política del Estado Social de Derecho en Colombia *descansa en el principio de legalidad, que conlleva no sólo a que toda la actuación de los órganos del poder público se someta a la Constitución y a las leyes (artículos 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2 y 124), sino el establecimiento de los controles judiciales para asegurar su vigencia. Por ello, con el fin de preservar la legalidad de la actividad administrativa del Estado, se ha consagrado el contencioso de anulación que constituye una verdadera garantía jurídica de los ciudadanos para asegurar que los actos de la Administración Pública, tanto los de carácter general y abstracto como los de contenido particular y concreto, se adecuen a las normas jurídicas preexistentes, lográndose así no solo la efectiva defensa de la legalidad abstracta, sino los derechos e intereses de los particulares. con lo cual se propende por la defensa de la legalidad en abstracto y de los derechos e intereses legítimos de los particulares*²¹.
- 3.2** Conforme lo había reiterado con anterioridad²², *el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho, en cuanto contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales e inmediatos (C.P. arts. 1° y 2°).*
- 3.3** El derecho fundamental de acceso a la administración de justicia tiene un “...contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdicción... de... todo sujeto para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, y (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia

²¹ Considerando No. 4.1.

²² Sobre el tema se pueden confrontar, entre otras, las Sentencias C-416/94, C-037/96 y C-1341/2000.

y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos”²³.

3.4 Comoquiera que el derecho a la justicia material efectiva tiene una dimensión legal, las limitaciones y condiciones que establezca el legislador para su ejercicio “deben respetar siempre su núcleo esencial y ajustarse a las reglas que sobre el tema ha definido la Constitución, sin que resulten admisibles aquellas medidas excesivas que no encuentren una justificación razonable y que, por el contrario, tiendan a obstaculizar la efectividad y operancia del derecho fundamental en cuestión y la prevalencia de los demás derechos fundamentales”. Por tanto, ello exige que la legislación se oriente siempre a garantizar la observancia del marco constitucional de tales derechos cuandoquiera que se ocupe de la “definición de las condiciones y requisitos de operatividad”²⁴.

3.5 Se reafirmó que²⁵ con la acción de nulidad lo que busca nuestro sistema constitucional y legal es “garantizar el principio de legalidad que resulta ser consustancial al Estado Social de Derecho que nos rige, al tiempo que se asegura la vigencia de la jerarquía normativa y la integridad del orden jurídico -a partir de la supremacía de la Constitución Política-, dando paso a las sanciones típicas del mencionado principio de legalidad que, salvo en lo que toca con la declaratoria de invalidez del acto, pueden variar según se trata de proteger, además del interés común -actos de contenido general y abstracto-, un interés individual y subjetivo -actos de contenido particular”²⁶.

3.6 Consideró que la acción de nulidad tiene estirpe constitucional, “no sólo por el hecho de haberse consagrado expresamente en el numeral 2° del artículo 237 Superior, sino además, por su incuestionable y estrecha vinculación con valores, principios y garantías que” concibe y establece la Constitución en varios de sus preceptos, que “constituyen el fundamento esencial de la nueva concepción política del Estado colombiano y de su dinámica garantista y protectora”²⁷. Y citando el mismo fallo anterior, agregó que “El reconocimiento de la supremacía de la Constitución, implica que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, u otra norma jurídica, es decir, de un acto administrativo normativo se apliquen las disposiciones constitucionales. Por lo tanto, la Constitución ha dispuesto de mecanismos - la acción de inconstitucionalidad y la acción de nulidad - para asegurar dicha

²³ Considerando No. 6.6.

²⁴ Considerando No. 6.8.

²⁵ Cfr. la sentencia C-513 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁶ Considerando No. 7.3.

²⁷ Considerando No. 7.4.

supremacía. (arts. 4o. y 40-6), e igualmente ha deferido a la ley la creación de las acciones para que las personas puedan proteger la "integridad del orden jurídico" (art. 89)²⁸, teniendo no solo soporte en el principio de legalidad que surge de las disposiciones constitucionales citadas, sino "en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238)".

3.7 Para concluir que de conformidad "con el objeto fundamental y las circunstancias de orden legal que reglamentan y condicionan su ejercicio, es válido afirmar que la acción de nulidad presenta las siguientes características: (i) se ejerce exclusivamente en interés general con el fin de salvaguardar el orden jurídico abstracto; (ii) por tratarse de una acción pública, la misma puede ser promovida por cualquier persona; (iii) la ley no le fija término de caducidad y, por tanto, es posible ejercerla en cualquier tiempo; (iv) procede contra todos los actos administrativos siempre que, como se dijo, se persiga preservar la legalidad en abstracto -la defensa de la Constitución, la ley o el reglamento"²⁹.

3.8 Y en consonancia con los considerandos relativos a los principios de supremacía de la Constitución y la plena vigencia del principio de legalidad, concluyó que por ello el artículo 84 del CCA dispone "en forma clara y precisa que "toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de su representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos", llevando a concluir que la voluntad del legislador en este caso "no fue la de privilegiar su ejercicio respecto de los actos relativos a situaciones jurídicas generales, sino la de permitir, en plena concordancia con la Constitución, que ésta pudiera ejercerse también contra los actos de contenido particular y concreto"³⁰.

4. La posible inconstitucionalidad del artículo 137 del CPACA, al tenor de los conceptos jurisprudenciales en torno de la relación entre el principio de legalidad y la nulidad de actos administrativos como medio de control judicial de la actividad administrativa del Estado

Puede apreciarse que el fundamento medular o nuclear de toda la argumentación de la Corte, constitutiva de la *ratio decidendi* de su fallo consiste en la prevalencia constitucional del principio de legalidad, que sostiene en la base misma del sistema al concepto de Estado Social de Derecho y que se halla ínsito en el concepto de debido proceso como principio político y derecho fundamental, de los que se

²⁸ *Ídem.*

²⁹ Considerando No. 7.8.

³⁰ Considerando No. 7.12.

desprenden, en realidad, todos los demás vinculados al sistema de controles –medios procesales- del ejercicio del poder público.

En un Estado de derecho el ejercicio del poder solamente se concibe dentro de los precisos marcos establecidos por el orden jurídico que él mismo ha establecido³¹. El principio de la legalidad fue uno de los primeros en acceder al derecho positivo constitucional en el sistema occidental. Las primeras manifestaciones político constitucionales plasmaron un principio general según el cual no podían limitarse ni suprimirse los derechos a la vida, la libertad y la propiedad, como expresión original del principio de legalidad³². En este sentido la vida, la propiedad y la libertad, constituyen el trípode que sostiene el bloque de derechos fundamentales de las personas en los estados democráticos occidentales.

Este principio de legalidad, que también fue proclamado por la revolución francesa, hoy ha ampliado su contenido, porque en sus orígenes concordaba con la concepción sobre la soberanía de la ley, siendo indiferente si los derechos tenían o no consagración constitucional, puesto que la ley se consideraba la expresión de la soberanía nacional o popular, según el caso. El principio incluye la Constitución Política, no sólo la ley, y se refiere específicamente a la legalidad de la falta, de la sanción y de los procedimientos, a pesar de que, en principio, supone la necesaria sujeción del ejercicio de la función administrativa y de los actos administrativos al ordenamiento jurídico general, y al que le sirve de fundamento, en particular, como

³¹ Arts. 4, 6, 121 y 122 de la C.P.

³² Tiene sus raíces en el *common law* de la Inglaterra medieval, que lo concibió como una garantía procesal de la libertad personal contra detenciones arbitrarias, penas pecuniarias y confiscaciones por parte del Rey o de los jueces, mas no del Parlamento³², pues la previsión contenida en el artículo 39 de la Carta Magna del Rey Juan Sin Tierra, otorgada –aceptada– el 17 de junio de 1215 dispuso que “Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por **el juicio legal de sus pares, o por la ley del país**”. (Negrilla fuera de texto). En América se suele señalar como su germen la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, Estados Unidos de América, expedida en Williamsburg el 12 de junio de 1776, cuyo punto VIII constituye una verdadera garantía del debido proceso al decir que “En toda persecución criminal, el hombre tiene derecho a averiguar la causa y naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a producir las pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce vecinos [. . .] que no puede ser compelido a declarar contra sí mismo [ni] privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares”. Más tarde, el 17 de septiembre de 1787 la Convención Constituyente adoptó para la federación la Constitución de Filadelfia que asimiló los principios expuestos. Sin embargo, fueron las enmiendas V y XIV -esta última de julio 13 de 1866-, las que recogieron los pilares de tal principio, al decir que “...Ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o propiedad, **sin el debido proceso legal**, ni denegar a cualquier persona la igual protección de la ley”. (Negrilla fuera de texto). Cfr. REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ RUIZ, Carolina. *Las generaciones de los derechos humanos*. Maestra Editores, Bogotá, D.C., 2003, p. 54.

aporte de la ideología liberal ante el sentimiento de rechazo intelectual generado por un sistema en el que la fuente de poder y de derecho era la voluntad del gobernante. En este sentido el principio de legalidad se erige como pilar básico de un Estado de derecho si, dentro de él, el ejercicio del poder público está circunscrito por el ordenamiento jurídico vigente, al cual se encuentra subordinado.

El principio de legalidad no se utiliza de manera uniforme y se le suelen asignar distintos alcances, más o menos restringidos según el contexto en que se incluya. Así, y en general, es el que sujeta el ejercicio de todo poder público estatal al ordenamiento jurídico preestablecido, según la estructura jerárquica correspondiente; en particular, se utiliza para significar que la regulación de ciertas materias se encuentra sometida por la Constitución Política a reserva legal, es decir, que tales materias son de exclusiva regulación por la ley y no por acto de distinta índole, como lo son, por ejemplo, los códigos, los tributos, las conductas, procedimientos y sanciones administrativas, disciplinarias, fiscales y penales, entre tantas otras³³.

Respecto del ejercicio de la función administrativa del Estado, la jurisprudencia ha concebido el principio como la sujeción de las actividades estatales –y en particular, para nuestro caso, las administrativas- al ordenamiento jurídico, razón por la cual todos sus actos y actividades deben ceñirse a la Constitución y a la ley, como se deriva “...en el caso colombiano, de lo dispuesto en la Carta Política, en sus artículos 1º, que reconoce a Colombia como un Estado de derecho; 3º, que preceptúa que la soberanía se ejerce en los términos que la Constitución establece; 6º, que señala que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; 121, en virtud del cual ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley; y 122, de conformidad con el cual ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.”³⁴.

Esta notable e inescindible relación entre el principio de legalidad, como principio superior, y el acto administrativo como expresión de la voluntad administrativa del Estado se había ya destacado al decirse que este, “...tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados...exige que esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. **Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas**, a través del cual se le garantiza a los administrados

³³ Colombia. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sent. Julio 4 de 1997, exp. 4376. M.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

³⁴ Colombia. Corte Constitucional, Sent. C-740 de octubre 6 de 1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad”³⁵. [Negrilla propia].

Visto ya como quedó regulada la nulidad como medio de control judicial de la juridicidad de los actos administrativos por el artículo 137 del CPACA, la percepción inicial indica que fue restringido el ámbito de su operatividad, al limitarse a los actos administrativos de carácter general y, excepcionalmente, a los de naturaleza particular y concreta allí descritos, dejándose fuera de su alcance los actos particulares que no se encuentran enunciados en él.

No obstante, el examen pormenorizado de su preceptiva indica que no es así, y que, pese a su circunscripción, el campo de su aplicación es en realidad muy amplio. Al quedar establecido en el numeral 1° que un acto administrativo de carácter particular puede demandarse en simple nulidad si de la demanda o de la sentencia no se deriva o no se produce *el restablecimiento automático de un derecho subjetivo del demandante o de un tercero*, queda plasmada la posibilidad de demandar todo acto administrativo particular, salvedad hecha del efecto resarcitorio automático, con lo que, en verdad, quedan cobijados prácticamente todos los actos administrativos particulares cuya nulidad no implique, *ipso iure*, el restablecimiento del derecho lesionado con aquel. Además, se debe tener en cuenta que con esta consagración, podrán demandarse en simple nulidad no solo los actos administrativos que, siendo particulares, reconozcan, modifiquen o extingan derechos subjetivos o intereses particulares, ya que no se hace distinción alguna al respecto, por cualquier persona y no solo por el titular de dichas relaciones subjetivas: Todo acto administrativo particular, el que reconoce derechos, el que modifica derechos existentes y el que los niega, será demandable por su destinatario o por un tercero, como cualquier persona, en cualquier tiempo, con la sola pretensión anulatoria, y siempre que la nulidad no derive en restablecimiento automático.

Pero esta amplitud puede estimarse todavía contraria a los principios constitucionales destacados por la Corte en el fallo ya citado, especialmente al principio de legalidad y a los derechos fundamentales que resultan involucrados en este caso, todos ellos ínsitos en el concepto genérico de “debido proceso”. Y ello porque de conformidad con las consideraciones reproducidas con laxitud en el numeral anterior, todo parece indicar que el contencioso de anulación no admite restricción alguna sin chocar en alguna medida con la normativa constitucional. Es por ello que consideramos que en el estado actual de la jurisprudencia constitucional, y visto que todos los operadores jurídicos se encuentran vinculados por la fuerza normativa de la cosa juzgada constitucional que produjo la sentencia C-426 de 2002, no será suficiente que la

³⁵ Colombia. Corte Constitucional, Sent. C-1436 de octubre 25 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

jurisprudencia del Consejo de Estado se incorpore y esté explícita ahora en la ley puesto que a pesar de ello, toda restricción en la procedencia del contencioso de anulación, aún la establecida en la ley, será considerada contraria a la Constitución Política y, por tanto, el artículo 137 del CPACA será objeto por lo menos de una declaración de constitucionalidad condicionada, en los términos consignados en la sentencia mencionada. Pues es lo cierto que a pesar de la amplitud de la nulidad, resultante del examen detenido de los casos traídos en el artículo 137 comentado, allí se contiene una limitación, un condicionamiento que el ordenamiento constitucional repele, al sentir de la Corte Constitucional colombiana.

5. Conclusión. La nueva normativa se acerca al concepto original del “motivo y la finalidad” planteado en 1961 por el Consejo de Estado, como tesis correcta y vigente, pero no supera los reproches de inconstitucionalidad

Vertida a las previsiones de los artículos 84 y 85 del CCA, la tesis original de los motivos y finalidades resulta la única forma correcta de interpretar sistemáticamente los dos medios de control, sin reñir con la Constitución Política. Veamos:

El 10 de agosto de 1961, el Consejo de Estado³⁶ resolvió un caso de aquellos que alimentaron la jurisprudencia contencioso administrativa durante muchos años en materia de acciones: Se trataba de la demanda presentada el 13 de febrero de 1958 por el General Matías Silva H., quien dijo ejercer la acción de nulidad, con el fin de obtener la “nulidad de las resoluciones números 56 de agosto 28 de 1957 y 195 de diciembre 26 de 1957”, proferidas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, amparado en lo dispuesto por “...el inciso 2 de artículo 66 del código contencioso o sea, por haberse expedido las resoluciones acusadas en “forma irregular”, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las prefiere”. Con tales actos, se había declarado de utilidad pública con fines de expropiación una porción de terreno de una finca de propiedad del demandante, por petición de la señora Margarita Ucrós de Durán, su vecina, quien pretendía construir un canal en predios de aquel con el fin de aprovecharse de las aguas de la acequia Angostura u Ovejeras, en el departamento del Huila, en vista de la falta de acuerdo entre los dos y amparada en una concesión de aguas que le había otorgado el mismo Ministerio con anterioridad. En este caso, una fue la persona solicitante y favorecida con los actos administrativos de naturaleza particular y subjetiva, doña Margarita Ucrós de Durán, y otra fue la persona demandante, el señor Matías Silva H., ajeno a dicha relación jurídica, pero con interés en la situación planteada.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Agosto 10 de 1961. C. P. Dr. Carlos Gustavo Arrieta Alandete. Actor: Matías Silva H. Anales C. de E., Tomo LXIII, primera parte, No. 392 a 396, pp. 202-205.

El problema central en la providencia no fue el de la legalidad de los actos demandados sino el de definir si el General Matías Silva H., como demandante, se hallaba legitimado para obtener la anulación de tales actos en procura de la protección de sus derechos con el ejercicio de la acción de simple nulidad, por cuanto que era evidente que en el caso no se trataba *“de ejercer la tutela legal establecida en favor de los ciudadanos para la conservación del orden jurídico, sino que con la acción se ha pretendido proteger derechos civiles que el actor reputa lesionados por los actos demandados. (De donde se dedujo que) “...la acción a seguir era la contenciosa de plena jurisdicción y o la de simple nulidad”*³⁷. Y ello dio lugar a la revisión de la jurisprudencia elaborada hasta la fecha, a partir de 1915, al enfrentarse de nuevo con una demanda presentada en ejercicio de la acción pública de nulidad contra un acto administrativo de naturaleza particular y concreta o subjetiva.

Esta providencia, verdadero hito de la jurisprudencia colombiana, al rectificar las concepciones anteriores, por ilegales, contiene este muy conocido párrafo:

“No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. El criterio a seguir para apreciar su procedencia es el que impone esos mismos preceptos. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia...los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo. Pero como la causa y objetivo de la acción son incompatibles con la protección de derechos particulares, al utilizarla con este último propósito se desnaturaliza la esencia del sistema. Habría una simulación de motivos, de intereses y de fines que los textos rechazan implícitamente. La aceptación de ese sistema traería como consecuencia el desconocimiento de los mandatos legales sobre caducidad de la acción privada”.

Con fundamento en esta nueva concepción, su validez y corrección derivan de su conformidad con las disposiciones legales que se refieren a las dos acciones. Según lo anterior, tenemos que:

5.1 Por regla general, la acción de nulidad la tiene cualquier persona y procede contra los actos administrativos generales y particulares, de carácter definitivo, a menos que implique el restablecimiento o que exija su solicitud expresa (Art. 84).

³⁷ Concepto del señor Agente del Ministerio Público en el caso referido, Dr. Uladislao Domínguez. Ver sentencia citada en nota anterior.

- 5.2** La acción de nulidad y restablecimiento del derecho procede contra todo acto administrativo de carácter definitivo, general o particular, que se considere lesivo de un derecho, en cabeza sólo del titular del mismo (Art. 85).
- 5.3** La acción de nulidad contra actos administrativos lesivos de derechos solamente puede ser ejercida por los titulares de aquellos, en la medida en que la anulación pertenece a la esfera inescindible del restablecimiento correlativo. Ni de los artículos citados, ni del ordenamiento general, se desprende que el acto que lesiona derechos de las personas pueda ser demandado, en el solo interés de la legalidad, por cualquier persona y en cualquier tiempo, con la sola petición de nulidad, pues tal perspectiva, que corresponde a lo previsto en el artículo 84, es irreconciliable con lo establecido en el artículo 85, que la excluye, siendo forzosa la interpretación sistemática y armónica de los dos.
- 5.4** Si en este último evento la nulidad implica el restablecimiento automático, la acción, que es de restablecimiento, debe ejercerse dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por el titular del mismo. Cuando en acción de restablecimiento se pide solo la nulidad, la acción no se torna en simple nulidad; no existe hoy ni una tercera acción, ni una acción mixta.
- 5.5** Igualmente, en este último evento, debe cumplirse con el presupuesto de agotamiento de la vía gubernativa, si opera.
- 5.6** La acción de nulidad puede ser ejercida por toda persona, contra todos los actos administrativos particulares que crean o constituyen una relación jurídica subjetiva, inclusive en los casos previstos en la ley, que son aquellos a que se refirió la jurisprudencia a partir de 1990. Por eso asiste razón al Consejo de Estado al decir que sobra la consagración expresa de la acción de nulidad contra ciertos actos administrativos que reconocen una relación jurídica sustancial y subjetiva, porque tal previsión emana, de suyo, del sentido literal del artículo 84³⁸.

¿Cuáles son las divergencias resultantes de la planteada aproximación?

Es necesario recordar que en la sentencia C-426 de 2002, al referirse a la tesis llamada “de los motivos y finalidades”, la Corte Consideró encontrarse frente de una

³⁸ Colombia. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de abril 18 de 1996. Exp. No. 9.899. C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Edgar Vergara Figueroa. Ver igualmente los salvamentos de voto a la sentencia del C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, I.J. 030 de 2003, y particularmente los conceptos plasmados por los Consejeros doctores Ricardo Hoyos Duque, Alier Eduardo Hernández Enríquez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

única forma de interpretación de los artículos 84 y 85 del CCA y no apreció que son dos diferentes, la formulada en 1961 y la planteada en 1990 por el Consejo de Estado pues, al sentar su propia interpretación, tampoco se ajustó al resultado de la interpretación sistemática de tales artículos, dado que concedió acción de simple nulidad a cualquier persona contra los actos que lesionan derechos, lo cual impide el artículo 85 del CCA, en la medida en que la petición de nulidad en este caso es parte integrante de la pretensión de restablecimiento –sin la cual no sería posible lograrlo– y esta radica en cabeza exclusiva de la persona lesionada en el derecho con el acto que demanda y en nadie más. En este caso, sí hay acción de nulidad simple, sin fines de restablecimiento, pero *solamente a instancias del titular* del derecho afectado, y no de cualquier persona, *contra el acto lesivo de su derecho* y no contra el acto que lo reconoce o establece. No se puede pasar por alto que la petición de nulidad hace parte integrante e inescindible de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que sin aquella será imposible este. La petición de nulidad establecida en el artículo 85 del C.C.A. no es una pretensión autónoma, porque para ella está el artículo 84, sino dirigida exclusivamente al restablecimiento de quien lo pide, no para quien no acepta el derecho negado o reconocido a otro; esta petición de nulidad está indisolublemente atada al restablecimiento respectivo, en la medida en que compone y completa la pretensión. Por ello afirmamos que la petición de nulidad del acto, así sea invocando el artículo 84 del CCA y la doctrina sentada sentencia C-426/02, *solo puede pedirla quien tenga vocación de restablecimiento*, pues no está concebida como medio para extinguir el derecho reconocido a otro, a la manera de los casos a que se refiere la tesis de 1990. De allí que, si se interpretan armónica y sistemáticamente los dos, se concluye que el acto administrativo particular, que lesiona derechos subjetivos, es demandable, con petición de nulidad, bien que se solicite o no el restablecimiento consecuencial, solamente por quien “se considere lesionado en un derecho” y no por “toda persona”. Esa interpretación es la que se ajusta al sistema, lo hace coherente, armónico, estable y seguro. Y es la misma que se viene sosteniendo desde 1961 con la enunciación de la teoría de “motivos y finalidades”.

Como se ve, tanto las dos posiciones básicas sentadas por la jurisprudencia contenciosa administrativa como la afirmada por la jurisprudencia constitucional, son inaplicables simultáneamente por incompatibles. Nuestro razonamiento se dirige a reforzar los argumentos que le confieren corrección, validez y vigencia a la denominada originalmente como teoría de los “motivos y finalidades”, referente de definición de la procedencia de las acciones comentadas. Y debe operar conforme quedó descrito en este acápite, armonizando con la normatividad constitucional vigente.

En cambio, de lo previsto por el artículo 137 del CPACA se desprende que cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, sea que reconozca, modifique o lesione derechos particulares, es demandable con el contencioso de simple nulidad,

en cualquier tiempo, por cualquier persona e independientemente de si se cumplieron todos los requisitos de procedibilidad, con la única condición de que no conduzca al restablecimiento automático de aquel. Con ello la nulidad se aparta de su propia naturaleza y de los conceptos originales de “motivo y finalidad” que se plantearon desde 1961, como ya se vio. Podría sin embargo decirse que pese a la no concordancia con aquellos conceptos, con la regulación actual se hace más amplia y, por ende, más garantista del principio de legalidad. En este planteamiento, en abstracto, estamos de acuerdo. Lo que no compartimos es que so pretexto de legalizar o positivizar la jurisprudencia para superar el reproche de inconstitucionalidad planteado por la Corte Constitucional, se caiga en el extremo opuesto de desnaturalizar la pretensión anulatoria, haciéndola extensiva en forma autónoma contra los actos administrativos que lesionan derechos de las personas, como si la petición de nulidad contenida en el artículo 85 no fuera inescindible del restablecimiento consecuencial y como si éste no fuera el resultado inevitable para quien, sintiéndose lesionado en su derecho, aspire a que se anule el acto que contiene la lesión, pues cierto es que en la naturaleza de tal acción está que la sola nulidad de un acto administrativo que *lesiona un derecho* –no que lo reconoce– puede ser solicitada con el solo fin de su anulación, pero *por el titular del derecho* –quien se crea lesionado– y nadie más. Extender todos los atributos del contencioso de anulación a la petición de nulidad en la acción de nulidad con restablecimiento del derecho es irrazonable y desproporcionado, ya que las dos partes de la pretensión son inescindibles y, se insiste, siempre en cabeza de *quien se crea lesionado* y no de *cualquier persona*. En este aspecto la regulación establecida por el artículo 137 del CPACA se separa de la doctrina de los motivos y finalidades formulada en 1961, que nosotros calificamos como “tesis original”.

Estos razonamientos cobran autoridad y corrección si se tiene en cuenta que con las consideraciones plasmadas por la Corte en la sentencia C-426 de 2002 no se rebatió la “tesis original”, que ni siquiera fue analizada y que no sufre los efectos de la cosa juzgada constitucional: Está indemne.

Lugar común resulta decir que tanto la *ratio decidendi* como la decisión contenidas en la sentencia C-426 de 2002 son obligatorias aún para el Consejo de Estado, cuya doctrina sobre los *motivos* y *finalidades* se debe considerar retirada del ordenamiento como interpretación normativa del artículo 84 del CCA, en cuanto a la procedencia de la acción de nulidad contra actos administrativos de contenido particular y concreto. No obstante tal afirmación, cierta a primera vista, no tiene las dimensiones absolutas que se le pudieran atribuir en el presente caso por las siguientes consideraciones que nos llevan a concluir que los efectos obligatorios de la sentencia de constitucionalidad no afectan la tesis de *los motivos* y *finalidades* que mantiene vigencia. Porque lo que según la jurisprudencia de la propia Corte realmente constituye *ratio decidendi* en la sentencia C-426 de 2002, inescindiblemente vinculado con su parte resolutive y por ello obligatorio, es la afirmación según la cual la diferencia entre las dos acciones

radica en su pretensión, no en el motivo y/o la finalidad que la ley les asigna, y que la acción de simple nulidad procede contra cualquier acto administrativo, incluido el de naturaleza particular, y no solo contra aquellos expresamente establecidos en la ley; por tanto, la tesis sostenida tanto por la Sección Primera como por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en 1990 y 1996, respectivamente, **es inconstitucional, por restringir el derecho de acceso a la justicia con condiciones no establecidas en la ley.** Lo demás, según nuestro criterio, no tiene una unidad de sentido ni se relaciona con afirmaciones que guarden relación directa con la parte resolutive pues representan la consignación expresa y escrita de las consecuencias que, en el sentir de la Corte, se producen si se declara la nulidad de un acto particular que ha reconocido o modificado un derecho de una persona si quien demandó no fue su titular o no lo hizo dentro del término de caducidad previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Se trata de unas eventualidades que se pueden presentar en la vida real y que la Corte toma en cuenta para ejemplificar sus razones y darle fuerza a sus conceptos, sin que por esa sola razón constituyan doctrina constitucional, como puede leerse en los apartes distinguidos con los números 7.22 al 7.24 de la sentencia comentada que, al discurrir por los efectos de su argumento, ilustra diciendo que “...cuando una persona con interés directo pretenda demandar un acto de contenido particular y concreto, podrá alternativamente acudir al contencioso de anulación por dos vías distintas. Invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C.C.A. art. 85), caso en el cual lo hace motivada por el interés particular de obtener el restablecimiento del derecho o la reparación del daño antijurídico como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto. En la medida en que esta acción no se intente o no se ejerza dentro de los cuatro meses de que habla la ley (C.C.A. art. 136-2), quien se considere directamente afectado o un tercero, podrán promover la acción de simple nulidad en cualquier tiempo (C.C.A. arts. 84 y 136-1), pero única y exclusivamente para solicitar de la autoridad judicial la nulidad del acto violador, dejando a un lado la situación jurídica particular que en éste se regula, para entender que actúan por razones de interés general: la de contribuir a la integridad del orden jurídico y de garantizar el principio de legalidad frente a los excesos en que pueda incurrir la Administración en el ejercicio del poder público”.

Por esta razón, frente a tales consecuencias, estimamos que no hay vínculo de obligatoriedad ni para las autoridades, incluido el Consejo de Estado, ni para los operadores jurídicos en general. Estas consideraciones deben tener, para el caso, el carácter de *obiter dictum* no vinculante pues, además, contrarían lo que la propia Corte ha sostenido respecto de lo que constituye la naturaleza del fallo de constitucionalidad³⁹, al ocuparse, en forma manifiestamente indebida, de la forma

³⁹ En el considerando 3.5 de la sentencia C-426/02 se dice: “La acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo que busca el cotejo, por la autoridad judicial competente –en Colombia, la Corte Constitucional– entre el precepto legal demandado y los mandatos constitucionales. El análisis que

como debe aplicarse la disposición acusada en casos particulares, lo que ella misma se tiene vedado. Y si lo tiene vedado y lo hace, sus aseveraciones no pueden ser ignoradas pero deben ser tenidas como *simple dictum* pues de lo contrario el intérprete resulta confiriéndole un alcance que riñe con el sistema de control de constitucionalidad en nuestro ordenamiento.

Estas afirmaciones se ven respaldadas en los considerandos 2.1 y 5.10 de la sentencia C-426 de 2002, pues al fijar el litigio, la Corte registra la posición asumida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de agosto 10 de 1996 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que adoptó como suya la tesis de 1990, distinta de la de 1.961, y advierte que "...sobre este último criterio de interpretación judicial, que constituye la orientación dominante de la forma como el máximo tribunal de lo contencioso administrativo viene aplicando el artículo 84 del C.C.A., es que se ha estructurado el presente enjuiciamiento". Y en el numeral 7.11 funde las dos tesis, sin advertir que son diferentes, relacionando la primera como sustento de la segunda y, en consecuencia, circunscribe su consideración a "...la posición que en forma institucional asumió el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en la Sentencia del 10 de agosto de 1.996, reiterada de manera uniforme en múltiples pronunciamientos, se dirige a considerar que la simple nulidad sólo procede frente a los actos de contenido particular y concreto en dos casos específicos: (i) cuando expresamente lo consagre la ley y (ii) cuando el acto individual revista un especial interés para la comunidad que trascienda el mero interés de la legalidad en abstracto, comprometiendo el orden público, social o económico del país". Por tal razón, estimamos que la parte motiva de la sentencia C-426 de 2.002 **no contiene argumentos vinculantes constitutivos de la *ratio decidendi* de su fallo respecto de la doctrina de los llamados móviles y finalidades que, en nuestro concepto, permanece incólume**⁴⁰. Así quedó retirada del ordenamiento la tesis sobre la procedencia de la acción de nulidad planteada desde 1990 por el Consejo de Estado.

Como la tesis de motivos y finalidades fue planteada con dicho nombre desde 1961 con un contenido distinto, ha de concluirse que a este no se hacen extensivos los efectos de la cosa juzgada constitucional de la sentencia C-426 de 2002, pues su *ratio decidendi* no sólo no la rebatió, sino que ni siquiera la tuvo en cuenta, asumiendo que se trataba del contenido a que se había referido la demanda, y nada más⁴¹. Por

efectúa la Corte debe darse en abstracto, teniendo en cuenta el contenido objetivo de la disposición examinada, y en ningún caso la aplicación concreta que ella tenga..." (Sentencia C-357/97, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

⁴⁰ Cfr. Números 7.17 y 7.18 de la sentencia C-426/02.

⁴¹ Recordemos que la demanda no impugnó la constitucionalidad de la tesis original como fue formulada en 1961, sino su derivación mal formada propuesta y adoptada a partir de 1990, y que ya en este escrito sostuvimos que la Corte, al no invocar expresamente su competencia para enjuiciarla, no podía hacerlo.

consiguiente, la tesis que hemos llamado “original” de motivos y finalidades, sigue vigente, pero volvió a soslayarse, esta vez por el legislador colombiano. Nosotros creemos que pudo aprovecharse la ocasión ofrecida por la preparación de un nuevo código, para establecer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho así:

ARTÍCULO. Sólo la persona que se crea lesionada en un derecho amparado por una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo que lo lesiona. Como consecuencia, podrá solicitar que se restablezca su derecho o se repare el daño ocasionado con aquel

Pero no se hizo.

Finalmente debemos registrar que la doctrina nacional tampoco ha abordado el estudio crítico del tema. Salvo algunas referencias tangenciales a la descripción de las distintas concepciones jurisprudenciales, no existe literatura sobre aquel⁴².

⁴² Ver, por ejemplo: 1) BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora, 6ª ed. Medellín, 2004 pp. 42-45; 2) GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004 pp. 249-251; 3) GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Universidad Libre, Bogotá, 12ª ed., 2007 pp. 77-82; 4) PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. *Derecho Procesal Administrativo*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 4ª ed. 2004 pp. 219-222; 5) SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ª ed., 2004 pp. 140-153, quien reprocha las posiciones de los dos Altos Tribunales por considerarlas subjetivas, y hace un llamado a la revisión sustancial y profunda del régimen de las acciones, sin formular proposiciones concretas.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA:

Colombia. Consejo de Estado:

- C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de mayo 7 de 1915. C.P. Dr. Adriano Muñoz. Actor: Antonio José Cadavid. Anales del Consejo de Estado, año 1° de 1915, pp. 633 a 640.
- C. de E. Sentencia de agosto 23 de 1934. C.P. Dr. Román Gómez. Actor: Luis Ocampo Z. Anales del Consejo de Estado, T. XXVII, pp. 352- 359.
- C. de E., Eent. de julio 13 de 1938. C.P. Dr. Elías Abad Mesa. Actor: Alfonso Uribe Misas. Anales del Consejo de Estado, T. XXXIV, pp. 636 a 645.
- C. de E., sentencia de octubre 9 de 1941. C.P. Dr. Gustavo Hernández Rodríguez. Actor: Max Galvis. Anales del Consejo de Estado, Tomo XLVII, No. 308-310. Pp. 1251 a 1253.
- C. de E., auto de marzo 29 de 1955. C.P. Dr. Idelfonso Méndez. Actor: Antonio Hermes Luján. Anales del Consejo de Estado, T. LX No. 377 a 381, pp. 467 a 469.
- Colombia. C. de E., Sala de Negocios Generales. Sentencia de Agosto 20 de 1959. C. P. Dr. Guillermo González Charry. Actor: Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Anales del Consejo de Estado, Tomo LXII, pp. 82 a 86.
- C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 10 de 1961. C.P. Dr. Carlos Gustavo Arrieta Alandete. Actor: Matías Silva. Anales del Consejo de Estado, T. LXIII, primera parte, pp. 202 a 205.
- C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de agosto 2 de 1990. C.P. Dr. Pablo Cáceres Corrales. Actor: Oswaldo Cetina Vargas. Exp. No. 1482.
- C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª. Auto de agosto 2 de 1.990. Exp. No. 1.482. Actor: Oswaldo Cetina Vargas. C.P. Dr. Pablo José Cáceres Corrales.
- C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª. Sentencia de octubre 26 de 1995. Exp. No. 3.332. Actor: Rodolfo Vergara Hoyos. C.P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.
- C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de abril 18 de 1996. Exp. No. 9.899. C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Edgar Vergara Figueroa.
- C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de octubre 29 de 1.996. Exp. No. S-404. Actor: Jesús Pérez González-Rubio. C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández.
- C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sent. Julio 4 de 1997, exp. 4376. M.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.
- C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, I.J. 030 de marzo 4 de 2003. C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

Colombia. Corte Constitucional:

- Corte Constitucional, Sent. C-131 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sent. C-513 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia. Corte Constitucional, Sent. C-740 de octubre 6 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia. Corte Constitucional, Sent. C-492 de 2000. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sent. C-1436 de octubre 25 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sent. C-774 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sent. C-310 de 2002. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sent. C-426 de mayo 29 de 2002. Actor: José Félix Hoyos Lemus. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de mayo 29 de 2002. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Actor: José Félix Hoyos Lemus.
- Corte Constitucional, Sent. C-211 de 2003. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

DOCTRINA UTILIZADA:

- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora, 6ª ed. Medellín, 2004.
- GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004.
- GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Universidad Libre, Bogotá, 12ª ed., 2007.
- PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. *Derecho Procesal Administrativo*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 4ª ed. 2004.
- REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ RUIZ, Carolina. *Las generaciones de los derechos humanos*. Maestra Editores, Bogotá, D.C., 2003.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ª ed., 2004.
- SANCHEZ BAPTISTA, Néstor Raúl. Los motivos y finalidades: Una tesis vigente. Tesis de Grado. Maestría en Derecho Público. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., junio 9 de 2009. Sin publicar.