

# Elementos críticos para la formulación de una hipótesis sobre un nuevo derecho administrativo

Luis Eduardo Cerra Jiménez\*

El derecho administrativo, y en especial la jurisdicción, que es y ha sido siempre su columna vertebral, están viviendo, en mi sentir, un profundo letargo que redundo negativamente en la eficiencia y eficacia de la administración de justicia.

El conjunto de principios, normas y conceptos regularmente aceptados que informan nuestra disciplina, ha logrado constituir un sistema coherente, desde el punto de vista lógico-jurídico-formal, que nos lleva, cada vez más, a rendirle un tributo de admiración ciego a la racionalidad abstracta en franco divorcio con la realidad.

Dos son, a mi juicio, las principales causas de la prevalencia de tal sistema formal que no consulta la realidad y las exigencias de nuestra contemporaneidad: por un lado, la extensión al ámbito jurisdiccional, es decir, al proceso, de la presunción de legalidad del acto administrativo, y, por el otro lado, la rigidez en el empleo del principio de la rogatividad.

## 10. La precariedad de la presunción de legalidad de los actos administrativos

Es bien sabido que la presunción de legalidad no se encuentra establecida constitucional ni legalmente de manera expresa. Dicha presunción es más una creación jurisprudencial (en no poca medida trasladada de la jurisprudencia francesa) y doctrinal que una creación legal, y es necesario, por decir lo menos, que la actuación administrativa que aspire a excusarse del deber de probar su legalidad (pues eso es la presunción) esté soportada en una disposición legal nítida que la ampare.

No obstante, no es ese el caso de la presunción de legalidad cuya existencia apenas es posible inferirla —con no poco esfuerzo— del texto de algunas normas. Así, el artículo 238 de la Constitución Política, única norma de la Carta que hace referencia al acto administrativo, sólo establece la posibilidad de que la jurisdicción contenciosa pueda decretar como medida cautelar la suspensión provisional de «...los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial»; mas, de ese precepto no se concluye, necesariamente, que el acto administrativo deba gozar de presunción de legalidad dentro del juicio.

---

\* Abogado. Especializado en Derecho Administrativo. Presidente del Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico.

A nivel legal, las únicas normas que podrían ser susceptibles de interpretarse como consagratorias de la presunción de legalidad, son los artículos 12 de la ley 153 de 1887; 64, 84 y 85 del C.C.A. Las dos últimas, al establecer que los actos administrativos pueden invalidarse, harían suponer que ellos se expiden ajustados a la ley, es decir, que se presumen legales. Sin embargo, de la lectura de los artículos 64 del C.C.A. y 12 de la ley 153 de 1887, la única conclusión que con certeza se desprende de ellos es que el acto administrativo goza de ejecutividad, pues, puede ser materializado aun en contra de la voluntad del obligado. Pero de ello no se deriva necesariamente, que deba considerarse por mandato legal, como un acto ajustado al ordenamiento jurídico en vigor.

Como se observa, los fundamentos de derecho positivo en que se sustenta la presunción de legalidad son precarios. Y, si bien existen elementos que —con gran esfuerzo— alegan por su existencia, éstos son tan débiles que su aceptación sólo puede tener cabida en el universo de las relaciones administración-administrado, mas no en el campo jurisdiccional contencioso administrativo.

## **2o. La intromisión de la presunción de legalidad en el juicio**

La aceptación del principio de presunción de legalidad no sólo no debería tener cabida en el proceso contencioso administrativo por la endeble consagración de aquel en el derecho positivo, sino también porque el juicio es el debate judicial que debe trabarse entre partes en equilibrio de igualdad, lo cual no se respeta admitiendo el

peso desequilibrante del referido «principio». Ello vulneraría, en misentir, el artículo 13 de la Constitución Política que estipula el Derecho Fundamental a la igualdad y, de contera, el artículo 29 de la misma Carta por no guardar el debido proceso.

Siendo ese el frágil fundamento normativo de la presunción de legalidad es preciso recordar cuál es la verdadera historia de esa creación doctrinaria y jurisprudencial del derecho francés.

Cualquiera que sea el valor porcentual que se le asigne al régimen absolutista y a la revolución francesa en la creación del Derecho Administrativo, cada uno de sus respectivos regímenes políticos aportaron a ese desarrollo; el primero, a través de instituciones orgánicas, verbigracia, el Consejo del Rey, los Consejos de prefectura y la separación entre administración y justicia, según se desprende del Edicto de San Germán, y el segundo, (régimen republicano de la revolución francesa), el enriquecimiento del derecho administrativo con el concepto de legalidad y de estado de derecho no personalizado.

En la consecución de estos principios rectores de la República ha existido una constante histórica predominante: la lucha contra las inmunidades y las prerrogativas del Estado administrador frente al administrado. Pero, la presunción de legalidad, por su extensión al ámbito judicial, se ha convertido en el mayor freno en la lucha contra las inmunidades arbitrarias.

Si el derecho administrativo y en especial la jurisdicción contenciosa administrativa es -teóricamente- el esce-

nario de discusión y cuestionamiento de la actividad administrativa, lo cual significa —al decir de Hauriou y García de Enterría<sup>1</sup>— la contrapartida del poder y la estructura básica del Derecho administrativo, no se concibe que al proceso judicial, único escenario que impone un verdadero equilibrio a las partes, se extienda el privilegio de la administración, consistente en hacer que se presuma la legalidad de sus actos, con el consecuente efecto probatorio.

El papel que han jugado los regímenes políticos (absolutista y republicano) en la formación del derecho administrativo marca la constante histórica que responde al interrogante de ¿a qué obedece él?: si a la prerrogativa concesionista del Estado, que otorga derechos y garantías para mantener los niveles de legitimidad del poder o a la lucha contra la inmunidad. Sin desconocer que en ocasiones el Estado unilateralmente cede espacios garantizadores de la libertad, en función de sostener o recuperar la legitimidad necesaria para continuar gobernando, la mayor causa es atribuible a la lucha de los gobernados por conquistarla.

Si reconocemos que el derecho administrativo es también un baluarte de la sociedad civil en la correlación de fuerzas frente al poder estatal, debemos admitir que con la constante anotada, esa juridicidad ha alcanzado una racionalidad propia que le permite discernir con autonomía ideológica el rumbo que debe asumir en el futuro.

---

1 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. «Derecho administrativo». Tomo II. Pág. 481.

La cierta invulnerabilidad de que seguimos invistiendo al acto administrativo por la vía de anteponer la presunción de su legalidad en campos que trascienden el mundo meramente administrativo, entronizándolo en el judicial, frena el descubrimiento de la realidad a través del proceso judicial, lo cual nos aleja de ella y, por ende, de las decisiones justas.

Como en la sentencia judicial absolutoria triunfa el «principio» de la presunción de legalidad, entendida como la defensa de la administración que no pudo ser desvirtuada por el administrado, queda en éste, en la sociedad y en el juez mismo, una sensación imborrable de injusticia e inequidad que deja a todos la impresión de asistir a una comedia de justicia.

El acto administrativo sólo debería gozar del atributo de la ejecutividad frente a sus destinatarios, pero nunca de la presunción de legalidad en el proceso judicial, pues hacerlo es investir al acto de una majestad que sólo se explicaría por la supervivencia ideológica de un absolutismo estatal.

### **30. Incipiente de una concepción nueva sobre el acto administrativo**

Creo encontrar en algunas estipulaciones legales de los recientes años unos intentos tímidos y aún no sistemáticos por morigerar esa concepción principesca del acto administrativo. Ejemplo de ello tenemos:

1. El artículo 59 de la ley 23 de 1991 contempló la posibilidad de conciliar —prejudicial o judicialmente— con-

flictos de carácter particular y contenido patrimonial que se promuevan ante la jurisdicción contenciosa administrativa, entre otros, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual implica que la voluntad conciliadora de las partes tiene el poder de revocar el acto; aun si éste ha reconocido un derecho particular y concreto. Así lo dispone el artículo 62 de la misma ley que preceptúa:

«Cuando como consecuencia del acuerdo logrado entre los interesados resultare necesario revocar un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, el acta de conciliación equivaldrá al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular».

Aun cuando por disposición del artículo 60. del Decreto 2561 de 1991 la conciliación en los procesos contencioso administrativos quedó limitada a los contractuales y extracontractuales, el artículo 10. del decreto 173 del 26 de enero de 1993, que reglamentó el capítulo V de la ley 23 de 1991, mantiene la conciliación contenciosa administrativa prejudicial, sobre los conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que sean susceptibles de ventilarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con lo cual se ratifica que la voluntad conciliadora o acudal de las partes tiene poder revocatorio sobre el acto administrativo unilateral.

Con una línea de conducta más amplia aún que la anterior, el parágrafo

del artículo 68 de la ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación Pública), permite que la concertación del contratista y la entidad contratante, por vía directa de la conciliación, de la amigable composición y de la transacción, revoquen los actos administrativos contractuales, es decir, aquellos unilaterales que se expiden con ocasión de un contrato estatal.

El mencionado parágrafo dice:

«Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada».

Es decir, que aun habiendo decisión judicial sobre la validez o invalidez del acto —pero siempre que no esté en firme— es viable jurídicamente la revocación del acto contractual.

No obstante estos incipientes, pero significativos avances, motivados más por el afán de descongestión y solución directa de los conflictos que de liberación del derecho administrativo, se insiste en revestir al acto administrativo de una majestad, siendo su escudo el «principio» de presunción de legalidad, el cual ha conducido a que la jurisprudencia se torne exigente en materia probatoria cuando del cuestionamiento de un acto administrativo se trata.

El proteccionismo que ejerce la jurisdicción sobre el acto administrativo, aceptando a priori la validez de éste, ha llevado a que no haya una gran producción jurisprudencial sobre la arbitrariedad y consecuente responsabilidad de la administración por razón de sus actos.

La situación anotada contrasta con la prolija y rica creatividad jurisprudencial en el campo de la responsabilidad del Estado por razón de los hechos administrativos, no obstante la precaria normatividad sobre la materia.

La exuberante producción jurisprudencial —aun con las falencias del derecho positivo sobre éste tópico— se explica por la inexistencia de una presunción de legalidad de los hechos administrativos.

Es tan grande la producción sobre la responsabilidad por hechos de la administración, que se ha elaborado, inclusive con especulación teórica con poco fundamento normativo, no sólo la teoría de la falla del servicio que presume la culpabilidad anónima, sino también se han establecido diversas modalidades de responsabilidad objetiva, que últimamente han llegado a los extremos de la responsabilidad del Estado por los solos daños antijurídicos que cause, independientemente de su culpabilidad, vale decir, de la falla o no del servicio. En este aspecto la jurisprudencia ha marchado en sentido contrario a lo que justifica ciegamente la presunción de legalidad del acto administrativo.

Es tal la amplitud de los criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad extracontractual que hoy se especula, sotto voce, que es difícil encontrar demanda en que se alegue la responsabilidad extracontractual que no tenga el pronóstico de prosperar.

Otra de las consecuencias de permitir que la presunción de legalidad del acto administrativo, como atributo de majestad, trascienda al ámbito del jui-

cio —en vez de circunscribirse al campo de la relación administración administrados— es que generalmente en las decisiones judiciales que contienen pronunciamientos sobre aquél, no se atiende a un criterio de funcionalidad. Así, por ejemplo, se admite la acción de nulidad contra actos derogados, aun cuando el pronunciamiento de anulación no produzca efectos pragmáticos.

No obstante que el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado sobre este tópico, considero que debería reexaminarse a fin de que en aras de la funcionalidad, la economía y la eficacia de la administración de justicia, se estableciera que no fuera admisible demandar actos derogados a menos que el demandante justifique su interés por afectar una situación que trae consecuencias prácticas. Cuando un acto que se expidió con fundamento en una norma que lo hace ilegal es amparado, posteriormente, por una disposición superior, que sustituye la base legal anterior, debería dejarse a la discrecionalidad del juez administrativo declarar la legalidad del acto, atendiendo también si la eficiencia y eficacia de éste, expedido otrora en una temporalidad infundada e injurídica, le ha otorgado, ahora, atributos de legitimidad.

#### 4o. Principio de rogatividad

En lo que atañe al principio de rogatividad no es mayor el fundamento jurídico que soporta.

La aplicación del principio de la rogatividad en materia de pretensiones, probatoria y normativa, ha contribuido a hacer de los pronunciamien-

tos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, decisiones muy estrechas que, por las restricciones que tal principio impone, las hace en no pocas veces injustas. Las pretensiones de la parte actora circunscriben las decisiones judiciales a determinado pedimento, cuando el juez podría adoptar medidas que restablecieran completamente el derecho. Se dirá que el artículo 170 del C.C.A., el cual permite que para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas, es suficiente para que el juez restituya el derecho; pero, esa argumentación no es válida. No sólo porque con poca frecuencia se utiliza la potestad de la mencionada norma, sino porque cuando se hace está limitada por la prohibición de *ultra y extra petita*.

En la acción de simple nulidad podría establecerse el principio contenido en el artículo 170 del C.C.A.; de manera que algunas actuaciones inválidas de la administración puedan ser rectificadas por orden judicial. Es decir, que un pronunciamiento lacónico de nulidad no frustre una actuación administrativa que muy bien podría perfeccionarse por la administración al cumplir los correctivos del caso señalados por el juez administrativo.

En cuanto a la rogatividad que opera al ejercer el control de legalidad, podría hacerse menos rígido, de modo que aun cuando una norma no sea invocada como infringida, la ostensibilidad en la violación de ella o la prueba fehaciente de que ello ocurrió, debería permitir al juez hacer un pronunciamiento de ilegalidad.

En el campo probatorio debería existir una norma más amplia que la del artículo 37 del decreto 2304 de 1989 (como el derogado artículo 169 del decreto 01 de 1984), la cual permitiera que en la primera instancia, y en cualquier etapa de ella, pudiera el juez administrativo decretar pruebas para el esclarecimiento de los hechos. Si bien hoy algunas secciones del Honorable Consejo de Estado, por vía jurisprudencia, decretan pruebas de oficio en cualquier etapa del proceso, se requiere un sustento normativo que generalice la práctica de ese procedimiento.

También debería establecer en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la facultad de que el juez tenga poder de saneamiento de actos de carácter general que se han expedido con vicios subsanables.

En efecto, existe una clase de actuaciones que aun siendo irregulares, su enjuiciamiento no justifica la pérdida de su validez y que se dé al traste con toda una actuación administrativa. En estos casos, en aras de la funcionalidad, la eficacia, la eficiencia y la economía en la administración de justicia, se debería permitir al juez que ordenara subsanar el juicio y cumplido lo anterior declarar saneado el procedimiento y válido el acto respecto de las normas que se le endilgan como violadas.

Existen en el ordenamiento jurídico colombiano antecedentes que podrían generalizarse. Uno de ellos se encuentra en el parágrafo del artículo 241 de la Constitución de 1991 que dice:

«Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la for-

mación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.»

La norma transcrita permite al máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional sanear vicios en la formación de la norma legal constitucional.

Si tal medida cabe en los preceptos de ese orden, es obvio, que también serían extensibles, por disposición legal, a los actos administrativos. Sobre la viabilidad de esa medida, en estos últimos, el artículo 80 de la Ley 136 de 1994, que contiene normas tendientes a modernizar las objeciones jurídicas del Alcalde respecto de un proyecto de acuerdo no fueren acogidas por el

concejo, el Tribunal, si considera parcialmente viciado el proyecto, «...así lo indicará al Concejo para que se reconsidere. Cumplido este trámite, el proyecto se remitirá de nuevo al Tribunal para fallo definitivo».

Como se puede apreciar, se ha introducido en el derecho positivo colombiano una figura de saneamiento que dado pragmatismo podría extenderse y generalizarse.

En fin, creo que debería revisarse la aplicación de los principios de rogatividad y de presunción de legalidad en el juicio contencioso administrativo, haciendo menos rigurosa y más flexible su aplicación, con lo cual se logrará que la jurisdicción adoptara decisiones menos formalistas y más justas.