



*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

República de Colombia



**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“ RODRIGO LARA BONILLA ”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

JOSÉ ANTONIO MOLINA TORRES

**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “ RODRIGO LARA BONILLA”**

ISBN 978-958-8331-25-6

JOSÉ ANTONIO MOLINA TORRES, 2007

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Contencioso Administrativa**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al **Área Contencioso Administrativa**, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuyo autor **José Antonio Molina Torres, integrante del grupo de trabajo de este programa de la Universidad Sergio Arboleda**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Contencioso Administrativa**.

El módulo **Procedimiento Administrativo** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, el autor complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la

prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”*.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación

de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Contencioso Administrativa**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan,

que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Contencioso Administrativa**, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 — 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Contencioso Administrativa**.

CONTENIDO

| | |
|---|----|
| PRESENTACIÓN | 9 |
| 1. ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO | 24 |
| 1.1. Procedimiento en sentido amplio | 24 |
| 1.2. Referente constitucional | 26 |
| Autoevaluación | 32 |
| Actividades pedagógicas | 33 |
| Análisis de jurisprudencia | 33 |
| Bibliografía seleccionada | 34 |
| 2. PRINCIPIOS Y REGLAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO | 36 |
| 2.1. Campo de aplicación de la primera parte del CCA | 36 |
| 2.1.1. Principios orientadores de las actuaciones administrativas | 38 |
| Explicación sucinta de los principios | 41 |
| Autoevaluación | 49 |
| Actividades pedagógicas | 49 |
| Análisis de jurisprudencia | 50 |
| Bibliografía seleccionada | 50 |
| 3. FUENTES DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS | 52 |
| 3.1. Derecho de petición en interés general y en interés particular | 52 |
| 3.1.1. Derecho de petición en aras de la información | 54 |
| 3.2. Actuaciones iniciadas en cumplimiento de un deber legal | 58 |
| 3.3. Actuaciones iniciadas de oficio | 59 |
| 3.4. Silencio administrativo | 60 |
| Autoevaluación | 65 |
| Actividades pedagógicas | 66 |
| Análisis de jurisprudencia | 66 |

| | | |
|------|--|-----|
| | Bibliografía seleccionada | 67 |
| 4. | TRÁMITE DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA | 70 |
| 4.1. | Sujetos del procedimiento administrativo | 70 |
| 4.2. | El expediente, pruebas y decisión | 70 |
| 4.3. | Funcionario incompetente | 71 |
| 4.4. | Impedimentos y recusaciones | 71 |
| 4.5. | Desistimientos | 72 |
| 4.6. | Nulidades | 73 |
| 4.7. | Suspensión y ampliación de términos, prejudicialidad | 73 |
| | Autoevaluación | 75 |
| | Actividades pedagógicas | 76 |
| | Análisis de jurisprudencia | 77 |
| | Bibliografía seleccionada | 77 |
| 5. | PROCEDIMIENTOS ESPECIALES | |
| 5.1. | En servicios públicos domiciliarios | 80 |
| | Autoevaluación en servicios públicos domiciliarios | 97 |
| | Actividades pedagógicas | 98 |
| | Análisis jurisprudencial | 99 |
| | Bibliografía seleccionada | 99 |
| 5.2. | En derecho tributario | 100 |
| | Autoevaluación sobre tributación | 116 |
| | Actividades pedagógicas | 118 |
| | Análisis de jurisprudencia | 118 |
| | Bibliografía seleccionada | 119 |
| 5.3. | En derecho urbanístico | 119 |
| | Autoevaluación sobre procedimientos en derecho urbanístico | 131 |
| | Actividades pedagógicas | 132 |
| | Análisis de jurisprudencia | 133 |
| | Bibliografía seleccionada | 133 |
| 5.4. | En derecho ambiental | 134 |
| | Autoevaluación sobre la licencia ambiental | 149 |
| | Actividades pedagógicas | 150 |
| | Análisis de jurisprudencia | 150 |
| | Bibliografía seleccionada | 151 |

| | | |
|------|---|-----|
| 5.5. | En derecho electoral | 151 |
| | Autoevaluación sobre el procedimiento electoral | 163 |
| | Actividades pedagógicas | 164 |
| | Análisis de jurisprudencia | 165 |
| | Glosario | 165 |
| | Bibliografía seleccionada | 166 |

CONVENCIONES

A_e

Autoevaluación

A_p

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

G

Glosario

J

Objetivos específicos

O_e

Objetivo general

O_g

Objetivo específico

Unidad 1 | ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Qg

Contribuir a la discusión, esclarecimiento, formulación y asimilación del concepto general que entraña la palabra “procedimiento” en la esfera funcional de las servidoras y los servidores públicos y de los particulares autorizados para realizar tareas públicas.

Qe

- *Identificar los elementos que anuncian al procedimiento administrativo en el ámbito del debido proceso.*
- *Reconocer el concepto general de “procedimiento” en la órbita de la Administración Pública y de los particulares autorizados para realizar funciones administrativas.*
- *Establecer las semejanzas y diferencias que presenta la noción de procedimiento al comparar la función administrativa en cabeza de las servidoras y los servidores públicos y en cabeza de los particulares.*

1. ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.1. PROCEDIMIENTO EN SENTIDO AMPLIO

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el vocablo “procedimiento”, en su segunda acepción, se despliega como: “Método de ejecutar algunas cosas”. A su turno, el método se explica como el camino que contiene la secuencia lógica de etapas y operaciones tendientes a la obtención de un resultado, cualquiera que sea el campo de acción en que tenga lugar la conducta humana. De allí que el procedimiento sea inherente a la vida de todas las sociedades humanas, aunque cabría preguntarse, ¿cómo definir en términos de procedimiento la exquisita labor de animales que, como las abejas, podrían hacer sonrojar al mejor ingeniero o ingeniera?

La verdad es que tanto la abeja como el ingeniero cumplen una serie de pasos para alcanzar el resultado verificable por los sentidos, con la diferencia de que el ingeniero o ingeniera, antes de realizar su labor ya tiene en la mente el objeto ideal a construir, es decir, él previamente racionaliza la corporeidad y utilidad de su futuro producto, la abeja no.¹

Con Hegel aprendimos que la esencia de las cosas no se muestra al final². Antes bien, que es indispensable reconocer la fundamental importancia que el proceso tiene en el acontecer de la naturaleza, en la historia de la humanidad y, por supuesto, en la consecución de cualquier objetivo, en la realización de todo plan, de suerte que su desestimación da al traste con la materialización de muchos cometidos humanos. De alguna manera, hay que aprender a padecer y a gozar el proceso, pues, salvo para los adictos a la generación espontánea, las cosas no nos llegan de golpe y porrazo. Por inmediato y aislado que parezca un fenómeno, detrás de él siempre hay una secuencia de causas y efectos que lo explican como el resultado actual de una cadena, de la cual dicho resultado es a su turno un eslabón más en la perspectiva del próximo fenómeno. Las personas, los animales y las cosas existen procesalmente, su elemento es el movimiento permanente, lo estático no pasa de ser una apariencia que esconde la esencia dinámica del mundo. Sin embargo, con harta frecuencia, la sociedad y los individuos mismos pretenden soslayar cándidamente la inevitable presencia de los procesos naturales y humanos, desconociendo que de su acatamiento dialéctico han dependido incluso las más elevadas obras del arte. Al margen de los procesos, sólo el vacío,

¹ Véase el concepto de trabajo en Marx, *El Capital*, primer tomo, capítulo V.

² Así en su obra *Fenomenología del Espíritu*, primeras páginas.

sólo la nada. Por otra parte se impone entender que los procesos no discurren de manera unidimensional, toda vez que en su seno las personas tienen la oportunidad de desplegar su fuerza creativa y transformadora en aras de una progresiva cualificación de los mismos, y por tanto de sus resultados.

Desde antiguo, en las sociedades políticas se abren paso los procedimientos tendientes a la realización de los fines comunes e individuales, su creciente presencia ha irradiado de reglas a las autoridades estatales y a los particulares, satisfaciendo correlativamente los intereses predominantes de cada época, lo cual es indicativo de que, al ser los procedimientos consecuentes con los factores reales de poder, su justeza y equidad constituyen siempre un colosal reto a conquistar, a cuyos efectos conviene armonizar estos dos ideales en su concepción y ejecución práctica privilegiando el interés general, pero sin decaer en la anulación del individuo.

En la arena de los fines del Estado le corresponde a las servidoras y los servidores públicos, sin perjuicio de sus derechos, ejercer los cargos con especial acatamiento de los deberes, límites y prohibiciones que el ordenamiento jurídico establece para el mejor desempeño de sus funciones. En este sentido, cada servidora o servidor público está llamado a participar en la concreción de las tareas institucionales al amparo de un conocimiento y praxis de los procedimientos previstos para cada hipótesis, con cabal respeto del principio de legalidad y, por tanto, de las competencias que expresamente estipulan las normas rectoras.

Al tenor de la Constitución Política de 1991, los procedimientos campean en las tres ramas del poder público y en los órganos autónomos e independientes, con el fin último de satisfacer paulatinamente las condiciones básicas de existencia digna que merecen los habitantes del país; por ello mismo, la faena que comporta la iniciación, prosecución y culminación de los procedimientos debe proyectarse en torno a la realización de los valores, principios, derechos y deberes que establece el ordenamiento superior, en el entendido de que el bloque de constitucionalidad se erige como un imperativo a seguir por parte de todos las servidoras y los servidores públicos. La enseñanza de estas servidoras o servidores debería ser la permanente constitucionalización de sus tareas y, por ende, de los procedimientos que ellas aparejan. Ese sería el mejor de los mundos dentro de una concepción ética de servicio a la comunidad, donde los trámites, lejos de entabrar y pervertir el curso de los cosas, atendieran las voces jurídicas y humanas que reclaman la reivindicación de la política en tanto arte de gobernar para la sociedad y por la sociedad. La vieja noción de procedimiento hace tiempo tocó su fin, el imperio de las formas en desmedro de lo sustancial ya no debería tener sitio en el ámbito de las tareas públicas. Por

ello, contra todo legalismo inocuo, hoy sigue en ascenso la idea “subversiva” de destacar la gestión por encima del funcionalismo, sentido en el cual todos los procedimientos estipulados para los diferentes órganos del Estado deben hacerse cada vez más compatibles con los mandatos constitucionales y legales, esto es, tanto en su vigencia como en su eficacia y validez. En esta perspectiva, la servidora o servidor público debe tener presente que el procedimiento es el puente obligado que, junto con otros componentes, le permite al Estado proveer al cumplimiento de sus fines en lo nacional y territorial.

Los particulares autorizados para cumplir funciones públicas, *mutatis mutandis*, siguen la misma suerte de las servidoras o servidores públicos de cara a los procedimientos. Aquéllos deben comprender que el conglomerado de facultades, prerrogativas y garantías que la Constitución y la Ley les dispensan conllevan unas responsabilidades que bien pueden honrar al amparo de un correcto entendimiento y ejecución de los procedimientos establecidos para las actividades de su resorte. Al respecto se observa cómo los particulares pueden cumplir funciones administrativas y judiciales, en relación con las cuales experimentan un desdoblamiento que los ubica en la misma condición de las servidoras y los servidores públicos para efectos de las responsabilidades de orden disciplinario, fiscal, penal y civil, según términos del artículo 6 de la Carta Política y concordantes³. Por ende, teniendo en cuenta que el principio de legalidad es el basamento sobre el cual se edifican todas las competencias y facultades, incluidas las de los particulares, éstos deben someterse a los procedimientos inscritos en los estatutos rectores de sus actividades públicas, so pena de incurrir no sólo en ilegalidad de sus actos sino en incumplimiento de los propósitos públicos a ellos asignados.

1.2. REFERENTE CONSTITUCIONAL

A partir de la segunda posguerra, la garantía constitucional de los Derechos Fundamentales –entre ellos el debido proceso– comenzó a tomar una especial fuerza en la Europa Continental. En Colombia, apenas si en la última década del siglo XX se constitucionalizó la garantía y protección de tales derechos, incluido el debido proceso. En este sentido dispone el artículo 29 de la Carta de 1991:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

³ Sentencias C-558 y C-840 de 2001 de la Corte Constitucional.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

La nueva Carta Política estableció de manera suficientemente comprensiva el radio de acción del debido proceso, incluyendo dentro del mismo tanto las actuaciones judiciales como las administrativas. Y aunque la redacción del artículo 29 presenta unos visos de especial corte penal, es lo cierto que en este dispositivo subyacen pautas de gran importancia para los procedimientos de orden administrativo, tales como la competencia que debe recaer en la autoridad que va a conocer del respectivo proceso administrativo, y el acatamiento que se le debe dar a la plenitud de las formas propias de cada juicio. En consonancia con este precepto obra el artículo 228 *ibídem*, conforme al cual, cuando se presenten tensiones entre las formalidades y el derecho sustancial, debe prevalecer éste, sin que ello implique la anulación del núcleo esencial del debido proceso. Por tanto, en cada caso, le corresponde al operador jurídico buscar el punto medio que le permita actualizar la prevalencia del derecho sustancial, sin perjuicio del debido proceso.

La naturaleza, sentido y alcance del debido proceso debe mirarse a partir del Preámbulo de la Constitución, donde uno de los fines de ésta es el de asegurar la justicia. Seguidamente es propio hacer una sucinta interpretación del artículo 1º del mismo ordenamiento, de acuerdo con el cual Colombia es un Estado Social de Derecho, así: i) Colombia es un Estado antropocéntrico, vale decir, que la persona es la razón de ser y el fin último del Estado, de manera que las autoridades públicas deben actuar garantizando la vigencia y eficacia de los Derechos Fundamentales; ii) todas las actividades públicas y privadas, en lo sustantivo y procedimental, se hallan gobernadas por un conjunto de preceptos de obligatorio cumplimiento –principio de legalidad–, cuyo fin es el de facilitar la realización de los fines del Estado y el control de

los respectivos actos ante las autoridades competentes. A la concreción del principio de legalidad debe concurrir el Congreso de la República expidiendo los códigos sustantivos y procedimentales en todos los ramos de la legislación, sin que sea dable delegar tal atribución al Presidente de la República, según voces del artículo 150-10 de la Carta Política.

A continuación conviene examinar el debido proceso en sus relaciones con el derecho a la igualdad, donde, siguiendo la cátedra aristotélica, se debe dar igual a los iguales y desigual a los desiguales o, como dijera Marx, como en la sociedad predomina la desigualdad, para igualar se debe poner en vigencia un derecho desigual. Ahora bien, en la perspectiva de la igualdad le corresponde al operador jurídico verificar la existencia de un criterio relevante, que le permita en cada caso comparar los extremos de la respectiva relación y proceder en consecuencia, ya que no es lo mismo tener algún fuero especial que no tenerlo, a fin de acceder a un determinado procedimiento.

En defensa del debido proceso y de la justicia misma, la Corte constitucional ha cincelado una especial jurisprudencia sobre la vía de hecho en que pueden incurrir las autoridades judiciales y administrativas. Al respecto le corresponde al interesado constatar la existencia de alguno de los presupuestos señalados por la Corte, para luego demandar en acción de tutela en pro del debido proceso y, por tanto, de sus derechos sustanciales.⁴

En relación con el debido proceso ha expresado la Corte Constitucional:

“El derecho al debido proceso hace referencia a un conjunto complejo de circunstancias (por ejemplo, la definición del status de las personas, o la consagración de actos, etapas, oportunidades e intercambios), señaladas por la Constitución y la ley que “protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso”, asegurándole a lo largo del mismo la posibilidad de defender sus intereses mediante el señalamiento expreso de los requisitos y obligaciones que debe cumplir y de los recursos con los que cuenta para impugnar las decisiones de la autoridad. Pero también la existencia de un principio de esta naturaleza refiere la necesidad de dar cumplimiento a una secuencia de actos, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, que persiguen un objetivo adicional: la racionalización del ejercicio del poder de tal manera que se reconozca en la ley, y no en la voluntad, en la fuerza, o en la arbitrariedad, la forma de resolución de las contenciones de derecho. Así, como tantas veces lo ha dicho la Corte, “las actuaciones que adelanten los funcionarios judiciales o las autoridades

⁴ Sentencias T- 607 de 2003, T-1182 de 2003, T-806 de 2004 y T-857 de 2004 de la Corte Constitucional.

administrativas, deben observar y respetar en todo momento las normas que regulen los procedimientos a seguir, con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”.

(...)

La necesidad de racionalizar el ejercicio del poder público y privado hace necesario un proceso que garantice (i.) la definición de los elementos básicos que estructuran cualquier relación jurídica, señalando tanto los supuestos relevantes para reconocer una conducta como jurídicamente significativa, como los efectos (consecuencias o sanciones) que se siguen de su incumplimiento, (ii.) la identificación de la autoridad que es el tercero imparcial competente para adoptar las decisiones relativas a los desacuerdos que surjan en la relación jurídica, (iii) la existencia de medios jurídicos (acciones o recursos) que se puedan emplear en los casos en los que, quienes hacen parte de una determinada relación jurídica, estiman necesario la intervención de un tercero (la autoridad competente) para resolver las posibles diferencias que se originan en dicha relación jurídica, (iv.) el conocimiento por parte de todos los interesados, tanto de los elementos que estructuran la relación jurídica que se establece y sus efectos concretos, como de los remedios jurídicos de los que gozan las partes para proteger sus intereses, y, finalmente, (iv.) el efectivo ejercicio de las herramientas jurídicas con las que el interesado puede adelantar su defensa ante las autoridades o terceros. Estos elementos, tanto procedimentales como sustanciales, estructuran la garantía del debido proceso⁵.

En otra oportunidad sostuvo la Corte:

“Esta Corporación ha definido el Derecho Fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que, de manera previa, limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.

El derecho al debido proceso tiene como objetivo fundamental la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas. El debido proceso exige de las autoridades públicas

⁵ Sentencia T-945 de 2001 de la Corte Constitucional.

la sujeción de sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley.

Entre las garantías mínimas objeto de protección, el artículo 29 de la Constitución Política consagra, entre otras, (i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra⁶.

Como bien se aprecia, el debido proceso se puede definir como aquel universo en el que la autoridad competente, con la intervención de las y los interesados, ajustándose a los precisos términos de la Constitución y la Ley, debe proveer a la realización de los valores, principios, derechos y obligaciones involucrados en la respectiva hipótesis. El debido proceso no es una mera serie de pasos que de manera mecánica le corresponde surtir a la jueza o juez o a la autoridad administrativa, antes bien, el debido proceso en tanto complejo de mandatos constitucionales busca fundamentalmente la defensa y preservación del valor material de la justicia que no fue satisfecho en el contexto socio-económico de la cotidianidad. Nótese cómo, en su sentido amplio, la justicia comienza con la oportuna y eficaz realización de las tareas públicas, con el cumplimiento de las y los particulares en torno a sus deberes y obligaciones, con el cabal ejercicio de la ciudadanía por parte de los hombres y mujeres del país; la justicia comienza, se preserva y se cualifica en la medida en que cada cual cumpla con honestidad y eficacia el rol que le corresponde en bien de la comunidad, de su núcleo familiar y de sí mismo. Si esto no se da y deviene el conflicto jurídico, lo lógico es que las personas enfrentadas solucionen sus diferencias por la vía persuasiva, en cuanto ello sea posible. Luego sí, ante la tozudez del pleito, de manera subsidiaria se debe acudir ante las autoridades competentes con el fin de reivindicar el valor material de la justicia frustrada, ámbito en el que el debido proceso juega un papel que trasciende en la resolución del diferendo y en la legitimación del Estado. El debido proceso es una caja de resonancia de los conflictos del país que convoca a la operadora o al operador jurídico a interpretar los sonidos y ruidos que de allí emanan, para que actúe en

6 Sentencia C-641 de 2002 de la Corte Constitucional.

consecuencia adoptando las medidas tendientes a la eliminación de los ruidos y a la armonización de los sonidos.

Veamos ahora el concepto de procedimiento en la órbita de la Administración Pública y de las y los particulares que desempeñan funciones administrativas. En concordancia con lo ya expuesto el artículo 209 que la Carta prevé:

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

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

Como lo ha subrayado la Corte Constitucional, este precepto establece los principios, objeto y control de la función administrativa, los cuales se identifican como principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Conforme a los principios finalísticos, la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado. Los principios funcionales son: la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad. Los principios organizacionales son la descentralización, la desconcentración y la delegación de funciones.⁷

En general, estos principios deben presidir la función administrativa y, en particular, el debido proceso en los dominios de la Administración Pública. Ésta es concebida por el Legislador desde el punto de vista material, que no orgánico, tal como lo destaca el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, que expresa:

“La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que, de manera permanente, tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano”.

Por consiguiente, todos los órganos que conforman las tres ramas del poder público y los autónomos e independientes, constituyen la Administración Pública en tanto realicen actividades y funciones administrativas o presten servicios

7 Sentencia C-561 de 1999 de la Corte Constitucional.

públicos del resorte del Estado colombiano. En este sentido conviene advertir que, según lo enseña la Corte Constitucional⁸, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se entienden integradas a la Rama Ejecutiva únicamente en cuanto cumplen funciones administrativas.

En este orden de ideas, a partir del Preámbulo de la Constitución, con el primado de los valores, principios, derechos y deberes que informan este estatuto superior, el debido proceso dentro de la Administración Pública debe desplegarse en la perspectiva de la concreción de las tareas asignadas a cada órgano, a cuyos efectos le corresponde al operador jurídico guiarse por los principios inscritos en el artículo 209 de la Carta, y por supuesto, por la noción de GESTIÓN que campea a lo largo del ordenamiento superior, tal como lo refrendan sus artículos 2 y 113.

Con arraigo en el artículo 210 constitucional, los particulares pueden cumplir funciones administrativas y, por tanto, dictar verdaderos actos administrativos sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Consecuentemente, cuando quiera que se hallen en el campo del debido proceso, en lo pertinente deben ceñirse a las mismas directrices ya señaladas para los servidores y las servidoras públicas, al propio tiempo que están sujetos a las responsabilidades correlativas que traza el artículo 6 ibídem, según se vio en líneas anteriores.

AUTOEVALUACIÓN

Ae

Frente a cada uno de los siguientes casos, sírvase responder las cuestiones correspondientes:

A una persona que venía percibiendo su pensión de jubilación, la entidad de previsión correspondiente le revocó el acto de reconocimiento pensional. Para tal efecto, la entidad no le dio previo cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 73 del CCA. ¿Qué debe hacer la persona afectada por tal medida y ante qué autoridades?

Al cabo de seis años de haber ocurrido el hecho generador del daño patrimonial, la contraloría de un distrito dictó auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. A más de esto, cinco años después de proferido este auto, el ente fiscalizador procedió a declarar la responsabilidad del gestor fiscal, sin notificarle previamente el auto de imputación de responsabilidad fiscal. Según términos de la Ley 610 de 2000, ¿qué debe hacer la persona afectada por tal medida y ante qué autoridades?

⁸ Sentencia C-035 de 2003 de la Corte Constitucional.

Ae

Una empresa de servicios públicos privada le envía una factura de cobro a una usuaria, por concepto de servicio de energía eléctrica. Ella presenta oportunamente su reclamo ante la empresa pero ésta no le contesta y, en su lugar, procede a suspenderle el servicio y a sancionarlo. Según términos de la Ley 142 de 1994, del Decreto 2150 de 1995 y de la Ley 689 de 2001, ¿qué debe hacer la persona afectada por tal medida y ante qué autoridades?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

- 1. Defina el procedimiento en sentido amplio*
- 2. Defina el procedimiento en términos eminentemente constitucionales*
- 3. Defina el procedimiento en el ámbito de la Administración Pública y en el de los particulares que desempeñan funciones administrativas*

Compare sus respuestas con el texto y el material de apoyo del módulo, formule conclusiones en torno a la calidad de sus planteamientos.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Aj

Examine las sentencias que se presentan a continuación; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte y la decisión tomada.

Presenten el resumen en el trabajo de grupo e impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Al Respecto, establezcan las diferencias y discrepancias que se presenten en las sentencias o citas jurisprudenciales, sobre aspectos concretos que sean relevantes.

Las sentencias son: C-561 de 1999, C-558 de 2001, C-840 de 2001, C-641 de 2002, C-035 de 2003, C-835 de 2003, T-945 de 2001, T-607 de 2003, T-1182 de 2003, T-806 de 2004, T-857 de 2004.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Legis, 1997, tercera edición. Esta obra alude a la nueva carta de derechos y deberes de la Constitución Política, y particularmente al debido proceso, con una referencia universal hacia los fundamentales aportes de la obra de Beccaría en esta materia.

Unidad 2 | PRINCIPIOS Y REGLAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Qg

Contribuir a la discusión, esclarecimiento, formulación y asimilación de las nociones que nutren los principios y reglas del procedimiento administrativo en torno al campo de aplicación del CCA y a los principios orientadores de las actuaciones administrativas.

Qe

- *Identificar los casos en que se debe aplicar la primera parte del Código Contencioso-Administrativo de manera principal, subsidiaria o supletoria.*
- *Precisar la legislación especial que se debe aplicar en relación con determinados procedimientos administrativos.*
- *Destacar los aspectos más relevantes de los principios orientadores de las actuaciones administrativas.*

2. PRINCIPIOS Y REGLAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

2.1. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRIMERA PARTE DEL CCA

En consonancia con el artículo 113 de la nueva Carta Política, el CCA tiene como destinatarios a todos los órganos que integran las tres Ramas del Poder Público, a los que tienen el carácter de autónomos e independientes y a las personas particulares, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos del CCA, a todos ellos se les dará el nombre genérico de “autoridades”. En este sentido, en el campo estatal se hallan el Congreso de la República, los órganos que componen la Rama Ejecutiva, todos los despachos y dependencias de la Rama Judicial, los órganos autónomos e independientes, tales como: la Procuraduría General de la Nación, las personerías municipales y distritales, la Auditoría General de la República, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, municipales y distritales, el Banco de la República, la Organización Electoral, la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Comisión Nacional de Televisión, las universidades públicas y las corporaciones autónomas regionales. Asimismo, en lo tocante a las personas particulares discurren, a título de ejemplo, las cámaras de comercio, las curadurías urbanas y las empresas de servicios públicos de capital privado.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 1 del CCA, el principio de especialidad gobierna la aplicación –eficacia– de los procedimientos administrativos regulados por las leyes; por lo cual, si bien el CCA se erige como el estatuto general del procedimiento administrativo, es cierto que su aplicación, o lo que es igual, su eficacia, depende de dos hipótesis básicas: 1) que no exista una ley especial que regule determinado procedimiento, caso en el cual, la primera parte del CCA se debe aplicar enteramente en la respectiva materia. Por donde, se pone de presente su carácter subsidiario; 2) que a pesar de existir una ley especial que regule determinado procedimiento, la misma presente vacíos que, por tanto, deben satisfacerse con los respectivos preceptos del CCA., evento en el cual se destaca su talante supletorio. En esta perspectiva se pueden traer a colación los procedimientos especiales relativos a impuestos nacionales, Derecho Urbanístico, Derecho Ambiental, Derecho Electoral, servicios públicos domiciliarios y responsabilidad fiscal; los cuales, cuando quiera que acusen lagunas en sus contenidos, deben ser atendidos por las disposiciones pertinentes del CCA.

Ahora bien, el fenómeno de la aplicación supletoria del CCA se da con mucha frecuencia, toda vez que no existe un solo estatuto procedimental especial que

satisfaga plenamente las necesidades rituales de la materia que regula. Nótese cómo el mismo CCA tiene vacíos que deben llenarse con las reglas del Código de Procedimiento Civil. Y como las complejidades temáticas suelen presentarse con una frecuencia superior a la esperada, conviene destacar la importancia de interpretar y aplicar el CCA y los procedimientos especiales con un sentido sistémico, a cuyos efectos el artículo 230 de la Constitución Política establece que el imperio de la ley opera con el apoyo auxiliar de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Recuérdese que, aunque el artículo 230 superior está referido literalmente a los jueces, dentro de una interpretación armónica de la Carta, debe reconocerse la trascendencia de su contenido en el ámbito del debido proceso, el cual, según términos del artículo 29 *ibídem*, cubre a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Ahora bien, especial relevancia debe dispensársele a la Ley 962 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos” pues como se sabe, esta ley prescribe unos principios de obligatoria observancia, en tanto rectores de la política de racionalización, estandarización y automatización de trámites, a fin de evitar exigencias injustificadas a los administrados.

También dispone el artículo 1 del CCA que la primera parte de éste no se aplicará a los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieren decisiones de ejecución inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas. Es decir que, dada la celeridad que amerita la atención de conflictos tan apremiantes como los mencionados, la aplicación de las referidas normas puede resultar inocua, por lo cual, los procedimientos verbales se tornan indispensables, sin perjuicio del respeto a los derechos de las personas involucradas en los respectivos hechos.

Finalmente establece el prenotado artículo que la primera parte del CCA tampoco se aplicará para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción, lo cual encuentra su razón de ser en la libertad política que tienen determinadas servidoras o servidores públicos –nominadores– para vincular o declarar insubsistentes a las personas de su planta de personal que, dado el grado de confianza y manejo que las cubre frente al empleo, apenas gozan de una estabilidad relativa (art. 53 CP) que, en todo caso, es de menor intensidad que la predicable de los empleados y empleadas aforados en el sistema de carrera (art. 125 CP).

2.1.1. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Las servidoras y los servidores públicos y las personas particulares que cumplen funciones administrativas tendrán en cuenta que sus actuaciones deben proyectarse hacia la materialización de los fines del Estado, esto es: hacia el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes prescritos en la Constitución. Por lo tanto, dentro de la esfera de sus facultades y atribuciones, deben facilitar la participación de las personas en las decisiones que las afectan.

Los servidores y las servidoras públicos y las personas particulares, tanto hombres como mujeres,⁹ que cumplen funciones administrativas observarán que, al tenor de sus tareas, sus actuaciones tienen –en uno u otro sentido– incidencia en el bienestar general y en el mejoramiento de la calidad de vida de la población. De allí que siempre deben obrar consultando el respeto de la dignidad humana y el interés general, al propio tiempo que buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los y las habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos previstos en la Constitución. Como se ve, los propósitos de la función administrativa encuentran asiento en el concepto de gestión pública que campea en los dominios del Estatuto Supremo, donde, antes que funcionalismo, lo que la Carta reclama para bien de la comunidad es el concurso de agentes públicos y privados con auténtica vocación de servicio, con genuina noción de gestión pública. A estos efectos destaca también el principio de la buena fe (art. 83 CP)¹⁰ que impera sobre las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas, y el mandato según el cual, cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio (art. 84 CP). Lo propio se puede decir en torno al artículo 333 superior, conforme al cual la libertad de empresa se puede ejercer dentro de los límites del bien común, sin que nadie pueda exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

En esta dimensión dispone el inciso primero del artículo 209 de la Carta Fundamental:

9 Sin perjuicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad en torno a las situaciones que campean entre hombre y mujer, esto es, entre los extremos masculino y femenino. Punto sobre el cual también Freud se refirió en Teoría Sexual.

10 Sentencia C-840 de 2001 de la Corte Constitucional.

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

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“Sea lo primero, comenzar citando el artículo 209 Superior, que establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos, como lo ha señalado esta Corporación, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones.

Vistas así las cosas, previamente a entrar en el estudio concreto de los cargos de la demanda, y sin pretender realizar un estudio de fondo, se hará un breve recuento de lo que en la doctrina y la jurisprudencia se ha explicado sobre los conceptos de descentralización, delegación y desconcentración.

Ante todo, ha de precisarse por la Corte que, en el fenómeno jurídico de la descentralización, se produce un traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales, o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte que la decisión administrativa en los dos casos, no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial, o por la entidad prestadora del servicio, o encargada del ejercicio de funciones administrativas.

Siguiendo este derrotero, la jurisprudencia de esta Corporación, señaló respecto del concepto de descentralización, que se trata de “...un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas”. Sent. C-496 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Los otros mecanismos idóneos para la transferencia de funciones son la desconcentración y la delegación.

La desconcentración, hace relación a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente, gocen de personería jurídica, ni presupuesto, ni reglamento administrativo propio. El propósito de esta figura es el de descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos.

La jurisprudencia de esta Corporación, se ha referido a este concepto de desconcentración, en los siguientes términos: “La desconcentración en cierta medida, es la variante práctica de la centralización y, desde un punto de vista dinámico, se ha definido como transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa.

La desconcentración así concebida, presenta estas características :

1. La atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico.
2. La competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía. Debe recordarse, sin embargo que, en cierta medida, personas jurídicas pueden ser igualmente sujetos de desconcentración.
3. La competencia se confiere en forma exclusiva lo que significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro.
4. El superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.”.

El otro mecanismo lo determina la Delegación. La delegación, desde un punto de vista jurídico y administrativo, es la modalidad de transferencia de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley, se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia.

Todo lo anterior nos lleva a determinar los elementos constitutivos de la Delegación:

1. La transferencia de funciones de un órgano a otro.
2. La transferencia de funciones se realiza por el órgano titular de la función.
3. La necesidad de la existencia previa de autorización legal.
4. El órgano que confiere la Delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia.” (Sent. T-024 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Para los efectos de la presente sentencia, es importante resaltar que la desconcentración de funciones se realiza (hace y deshace) mediante la ley, en tanto, que la delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución.

“De igual manera, es importante destacar, que bien se trate de desconcentración o de delegación de funciones, lo que se busca con estas figuras es el mismo fin: descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales.

“Ha de observarse, con todo, que dados los elementos propios de estos mecanismos para la realización de la función administrativa, la ley regula de manera específica los efectos que asigna a cada uno de ellos, en relación con el régimen propio de los actos objeto de delegación y desconcentración en la vía gubernativa, como acontece con los artículos 8 y 12 de la propia Ley 489 de 1998”.¹¹

Explicación Sucinta de los Principios

En concordancia con el artículo 209 superior, el artículo 3 del CCA prevé los siguientes principios orientadores:

Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

1) En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

2) En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga

¹¹ Sentencia C-561 de 1999, de la Corte Constitucional. También pueden consultarse las siguientes: C-382 de 2000, C-727 de 2000 y C-566 de 2000.

posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario o funcionaria.

3) En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo *(de oficio o)* a petición del interesado.

4) En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos (sic).

5) En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

6) En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

Las autoridades deberán observar estrictamente los principios consagrados en este artículo al expedir los reglamentos internos de que tratan los artículos 1º de la Ley 58 de 1982 y 32 de este código.

2.1.2 Complementación en la Ley 962 de 2005

Los anteriores principios se complementan y fortalecen con las siguientes disposiciones de la Ley 962 de 2005:

1) “Reserva legal de permisos, licencias o requisitos. Para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, únicamente podrán exigirse las autorizaciones, requisitos o permisos que estén previstos taxativamente en la ley

o se encuentren autorizados expresamente por ésta. En tales casos, las autoridades públicas no podrán exigir certificaciones, conceptos o constancias.

Las autoridades públicas no podrán establecer trámites, requisitos o permisos para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, salvo que se encuentren expresamente autorizados por la ley; ni tampoco podrán solicitar la presentación de documentos de competencia de otras autoridades.

2) Procedimiento para establecer los trámites autorizados por la ley. Las autoridades públicas habilitadas legalmente para establecer un trámite, previa su adopción, deberán someterlo a consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública adjuntando la manifestación del impacto regulatorio, con la cual se acreditará su justificación, eficacia, eficiencia y los costos de implementación para los obligados a cumplirlo; así mismo deberá acreditar la existencia de recursos presupuestales y administrativos necesarios para su aplicación. En caso de encontrarlo razonable y adecuado con la política de simplificación, racionalización y estandarización de trámites, el Departamento Administrativo de la Función Pública autorizará su adopción.

Para el cumplimiento de esta función el Departamento Administrativo de la Función Pública contará con el apoyo de los Comités sectoriales e intersectoriales que se creen para el efecto. Asimismo, podrá establecer mecanismos de participación ciudadana a fin de que los interesados manifiesten sus observaciones.

Lo dispuesto en el presente numeral no se aplicará cuando, en situación de emergencia, se requiera la adopción de medidas sanitarias para preservar la sanidad humana o agropecuaria.

El Ministro del Interior y de Justicia y el Director de la Función Pública rendirá informe semestral obligatorio a la Comisión Primera de cada Cámara en sesión especial sobre la expedición de los nuevos trámites que se hayan adoptado.

3) Información y publicidad. Sin perjuicio de las exigencias generales de publicidad de los Actos Administrativos, todo requisito, para que sea exigible al administrado, deberá encontrarse inscrito en el Sistema Único de Información de Trámites, SUIT, cuyo funcionamiento coordinará el Departamento Administrativo de la Función Pública; entidad que verificará para efectos de la inscripción que cuente con el respectivo soporte legal.

Toda entidad y organismo de la Administración Pública tiene la obligación de informar sobre los requisitos que se exijan ante la misma, sin que para su

suministro pueda exigirle la presencia física al administrado. Igualmente deberá informar la norma legal que lo sustenta, así como la fecha de su publicación oficial y su inscripción en el Sistema Unico de Información de Trámites, SUIT.

4) Fortalecimiento tecnológico. Con el fin de articular la actuación de la Administración Pública y de disminuir los tiempos y costos de realización de los trámites por parte de los administrados, se incentivará el uso de medios tecnológicos integrados, para lo cual el Departamento Administrativo de la Función Pública, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones, orientará el apoyo técnico requerido por las entidades y organismos de la Administración Pública.

5) Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Esta ley se aplicará a los trámites y procedimientos administrativos de la Administración Pública, de las empresas de servicios públicos domiciliarios de cualquier orden y naturaleza y de los particulares que desempeñen función administrativa. Se exceptúan el procedimiento disciplinario y fiscal que adelantan la Procuraduría y Contraloría respectivamente.

Para efectos de esta ley, se entiende por “Administración Pública”, la definición contenida en el artículo 39 de la Ley 489 de 1998.

6) Artículo 3°. Las personas, en sus relaciones con la administración pública, tienen los siguientes derechos, los cuales ejercerán directamente y sin apoderado:

A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a las peticiones, actuaciones, solicitudes o quejas que se propongan realizar, así como a llevarlas a cabo.

A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias, a su costa, de documentos contenidos en ellos.

A abstenerse de presentar documentos no exigidos por las normas legales aplicables a los procedimientos de que trate la gestión.

Al acceso a los registros y archivos de la Administración Pública en los términos previstos por la Constitución y las leyes.

A ser tratadas con respeto por las autoridades y servidores públicos, los cuales deben facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

A exigir el cumplimiento de las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.

A cualquier otro que le reconozca la Constitución y las leyes.

7) Artículo 4°. Divulgación y gratuidad de los formularios oficiales. Cuando fuere el caso, todas las entidades y organismos de la Administración Pública deberán habilitar los mecanismos necesarios para poner a disposición gratuita y oportuna de los interesados el formato definido oficialmente para el respectivo período en que deba cumplirse la respectiva obligación, utilizando para el efecto formas impresas, magnéticas o electrónicas.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional reglamentará el desmonte progresivo de los cobros por formularios oficiales, con excepción de aquellos relacionados con el proceso de contratación estatal y el acceso a la educación pública; así como la implementación de medios tecnológicos para el cumplimiento de la respectiva obligación, en un término no mayor de un (1) año.

Parágrafo 2°. En todo caso, las entidades de la Administración Pública deberán colocar en medio electrónico, a disposición de los particulares, todos los formularios cuya diligencia se exija por las disposiciones legales.

Para todos los efectos de ley, se entenderá que tienen el carácter de formularios oficiales aquellas copias de dichos formularios que obtengan de los medios electrónicos a que se refiere el inciso anterior”.

2.1.3 Profundización en los principios

En relación con los principios vistos conviene hacer los siguientes comentarios:

1) Principio de economía. Se encuentra estrechamente ligado al postulado constitucional que ordena privilegiar lo sustancial sobre las formas (art. 228 C.P.), en el espectro del debido proceso que reivindica la plenitud de las formas propias de cada juicio y prohíbe las dilaciones injustificadas. Por lo tanto, las actuaciones administrativas se deben realizar oportunamente, evitándole erogaciones innecesarias a los interesados y a la Administración, al propio tiempo que las autoridades deben exigir los documentos y copias estrictamente necesarios, así como ajustarse a la ley en cuanto a las autenticaciones y notas de presentación.

La concreción de este principio es de capital importancia para la actualización del debido proceso y para la realización de los derechos e intereses de las personas, máxime si se considera que, en la órbita estatal, algunas servidoras o servidores públicos suelen emitir o aplicar procedimientos poco ortodoxos, que a más de tener un origen espurio, rayan en una caprichosa casuística. Y como es apenas evidente, este principio se acompasa con el principio de legalidad que expresa el artículo 1 de la Carta, en cuyo universo todo procedimiento debe ser expresamente reglado, pues así lo precisa la seguridad jurídica y la legitimidad misma de la Administración.

2) Principio de celeridad. Sin perjuicio de las actuaciones que deben ser promovidas por los interesados, las autoridades deben observar una conducta altamente diligente en el desarrollo de los procedimientos administrativos, por tanto, les corresponde protagonizar un especial dinamismo frente al principio de la oficiosidad, en el entendido de que el permanente impulso de los procedimientos comporta la supresión de trámites innecesarios y la utilización de formas impresas para las actuaciones en serie que lo hagan indispensable. Desde luego que la celeridad no releva a la autoridad administrativa de examinar todos los argumentos expuestos, ni de valorar adecuadamente las pruebas allegadas al expediente, toda vez que una posición en contrario daría al traste con la satisfacción del principio de la necesidad de la prueba y del debido proceso. Antes bien, este principio está llamado a garantizar decisiones oportunas, tanto de fondo como de forma, ya que de nada vale un acto justo cuando resulta extemporáneo. Por otra parte, este principio es un campanazo contra la excesiva burocratización de la Administración y contra la inveterada enervación de las actuaciones que no son prioritarias para la respectiva autoridad.

3) Principio de eficacia. La noción de gestión pública discurre ampliamente por los preceptos de la Constitución, por ende, a ella deben concurrir todas las autoridades en el ejercicio de la función administrativa, donde resulta vital entender que el procedimiento sólo se justifica en tanto se encamina hacia unos fines concretos, esto es, hacia la materialización de los principios, derechos y deberes prescritos en la Carta Política. De allí que el artículo 4 de la Ley 489 de 1998 disponga que: “La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes”. De poco sirve un Acto Administrativo que reúne todos los perfiles formales si en el fondo es ajeno a la realización de los fines del Estado, si en el fondo es sólo un culto a los formalismos y a la apariencia administrativa. En este sentido, dijo la Corte Constitucional en uno de sus fallos, “La eficacia del Acto Administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión

administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un Acto Administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente”.¹²

Consecuentemente, en aras de la concreción de los principios, derechos y deberes inscritos en el ordenamiento superior, le corresponde a las autoridades remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitar decisiones inhibitorias, para lo cual deben, desde el inicio de toda actuación, verificar que el interesado o la interesada cumpla con los requisitos y documentos requeridos por la ley, solicitar de oficio los que sean pertinentes y, llegado el caso, tomar las medidas de saneamiento que sean necesarias, tales como el decreto de nulidades, revocaciones, readecuaciones procesales u otras de similar efecto.

4) Principio de imparcialidad. Dos propósitos tiende a garantizar este principio: la igualdad y la objetividad. El primero de ellos encuentra especial arraigo en el artículo 13 constitucional, al paso que el segundo se edifica a partir del artículo 2 *ibídem*. De acuerdo con el artículo 13 superior, la igualdad formal le ha dado paso a la igualdad material, la igualdad abstracta ha dado un paso al costado para que la igualdad concreta sienta sus reales en nuestro Estado Social de Derecho. En este sentido se impone reconocer que el derecho a la igualdad se realiza en condiciones matemáticas, sino que corresponde a una noción relacional, de acuerdo con la cual, siguiendo a Aristóteles, hay que darle igual a los iguales y hay que darle desigual a los desiguales, al amparo de un criterio relevante que permita comparar válidamente a los extremos de la relación. En cumplimiento de tal mandato, las autoridades deben observar que todas las personas son titulares de los derechos fundamentales, y que no pueden ser discriminadas por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica¹³. Por su parte, el artículo 2 constitucional destaca la importancia de que las autoridades actúen en pro de la comunidad y de la prosperidad general, en consonancia con lo cual deben garantizarle a las personas, en los casos concretos, los principios superiores y la efectividad de sus derechos, sin perjuicio de los correlativos deberes y obligaciones. En esta perspectiva, las autoridades deben respetar

¹² Sentencia C-069 de 1995, de la Corte Constitucional. Asimismo la T-206 de 1994.

¹³ Aclaración de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería a la Sentencia C-741 de 2003 de la Corte Constitucional. Sobre acciones afirmativas y medidas de discriminación inversa o positiva, véase la sentencia C-371 de 2000, de la Corte Constitucional.

y acatar el orden en que actúen ante ellas los interesados y las interesadas, resolviendo sus pedimentos de manera objetiva y oportuna, pues de nada sirve una respuesta certera cuando es extemporánea.

5) Principio de publicidad. La publicidad es inherente al debido proceso, es una preciosa garantía que el Estado Social de Derecho debe preservar y fortalecer en cabeza de todos los habitantes de Colombia, y sin la cual la incertidumbre, el desconcierto y la arbitrariedad tomarían plaza en desmedro de la vigencia de los valores, principios, derechos y deberes que establece la Constitución. La transparencia de los procedimientos administrativos es punto cardinal dentro del ejercicio cotidiano de las autoridades, ya que sin el conocimiento de los actos que afectan a las personas, éstas no tendrían acceso a la justicia, al derecho de defensa, y por tanto, al debido proceso. Sin conocimiento del hacer estatal no hay posibilidad de que las personas participen en la defensa de sus intereses y de quienes les son análogos. Por consiguiente, les corresponde a las autoridades notificar, comunicar o publicar el contenido de sus actos, a fin de que las personas interesadas hagan valer sus derechos dentro de la oportunidad legal. En este sentido conviene observar que no basta con que las autoridades se pronuncien sobre determinado asunto, sino que, además, es su deber cumplir con el principio de publicidad oportunamente. Por contraposición, las actuaciones ocultas o simuladas son un vivo ejemplo de la deslealtad procesal, y por tanto, del desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

6) Principio de contradicción. A partir de la publicidad de los actos de las autoridades, las personas interesadas en el respectivo asunto pueden plantear argumentos y razones en sentido diverso, aportar pruebas a su favor, solicitar que se decreten otras, que se escuchen testigos y, en general, formular todos los reparos y motivos de disenso que estimen pertinentes, a efectos de que las autoridades revisen sus actuaciones y, de ser posible, revoquen, modifiquen, adicionen o aclaren los correspondientes actos. El principio de contradicción es de la esencia del debido proceso, del derecho de acceso a la justicia y del derecho de defensa mismo. Está emparentado con el derecho a la libertad de pensamiento, con la participación ciudadana y su incidencia en la formación de la voluntad de la Administración o de los particulares que cumplen funciones administrativas; de allí que, frente a la firmeza de los Actos Administrativos y su consecuente ejecución, la interposición de los recursos juega un papel de señalada importancia. En este orden de ideas, el principio de contradicción tiene especial trascendencia sobre la presunción de legalidad que ampara los Actos Administrativos, de suerte que ésta puede ser cuestionada en sede administrativa y, ulteriormente, combatida y destruida en vía judicial.

AUTOEVALUACIÓN

Ae

Frente a cada uno de los siguientes casos, sírvase responder las cuestiones correspondientes:

- 1) Un servidor público adiciona un requisito a los trámites que él debe atender en el área pensional, es decir, le exige al interesado el cumplimiento de un requisito que no está previsto en la ley. ¿Qué debe hacer la persona afectada por tal medida y ante qué autoridades?*
- 2) Una servidora pública expide un Acto Administrativo pero no lo notifica, ni lo comunica, ni lo publica. Posteriormente, los interesados se enteran de la existencia de dicho acto, el cual era susceptible de los recursos de reposición y apelación. ¿Qué debe hacer la persona afectada por tal medida y ante qué autoridades?*
- 3) Un particular, en ejercicio de funciones administrativas, dicta un acto contestando una petición, pero, a más de notificarlo extemporáneamente al interesado, no le da a conocer los recursos que legalmente proceden contra el mismo. ¿Qué debe hacer la persona afectada por tal medida y ante qué autoridades?*

Para la adecuada realización de estos ejercicios, el docente o la docente harán una presentación de cada caso señalando las normas que los rigen. Una vez expuestas las respuestas por parte de los discentes, se abrirá el debate, a través del cual el discente o la discente harán las aclaraciones y profundizaciones que estime pertinentes.

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

- 1) ¿Cómo se puede dilucidar la eventual prevalencia de un procedimiento determinado frente al procedimiento general previsto en el CCA?*
- 2) ¿Cuál es la relación que existe entre la Constitución Política y los principios orientadores de las actuaciones administrativas?*
- 3) ¿Cómo se materializa el principio de participación ciudadana al tenor de las actuaciones administrativas?*

Compare sus respuestas con el texto y el material de apoyo del módulo, formule conclusiones en torno a la calidad de sus planteamientos.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Aj

Examine las sentencias que se presentan a continuación; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte y la decisión tomada. Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulse un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Señalar coincidencias y discrepancias en las consideraciones de la Corte respecto de los principales temas tratados.

Las sentencias son: T-206 de 1992, C-069 de 1995, C-561 de 1999, C-371 de 2000, C-382 de 2000, C-566 de 2000, C-727 de 2000, C-840 de 2001 y T-741 de 2003.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. El autor hace unos comentarios muy ilustrativos sobre los principios orientadores de las actuaciones administrativas.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997. En esta obra el autor hace un recuento histórico sobre la evolución del Código Contencioso-Administrativo, con particular énfasis a partir del Decreto 2733 de 1959, al propio tiempo que alude a los principios orientadores y al derecho comparado.

Unidad 3 | FUENTES DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Qg

Contribuir a la discusión, esclarecimiento, formulación y asimilación de las nociones que inspiran las actuaciones iniciadas en virtud del derecho de petición, del cumplimiento de un deber legal o de oficio.

Qe

Diferenciar y fomentar los criterios constitucionales y legales sobre el ejercicio y satisfacción del derecho de petición.

Determinar los lineamientos del debido proceso que deben nutrir las actuaciones administrativas.

3. FUENTES DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

3.1. DERECHO DE PETICIÓN EN INTERÉS GENERAL Y EN INTERÉS PARTICULAR

De acuerdo con el artículo 23 de la Carta Política, toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivo de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Cuando a los particulares les corresponda proveer a la concreción de este Derecho Fundamental, pese a ser de aplicación inmediata (art. 85 CP) lo deben hacer con arreglo a la ley. El ejercicio del derecho de petición, si bien no puede someterse a unas reglas sacramentales, debe cumplir con unos mínimos que comporten claridad y precisión en cuanto al destinatario, al peticionario, al objeto, en cuanto a las razones en que se apoya y en cuanto a las pruebas que resulten pertinentes. Por su parte las autoridades públicas, y en su caso los particulares, deben satisfacer el derecho de petición a través de una respuesta que cumpla con los siguientes requisitos: 1) oportunidad; 2) la solicitud debe resolverse de fondo, de manera clara, precisa y congruente con lo pedido; 3) ser puesta en conocimiento del peticionario. Asimismo conviene advertir que la satisfacción del derecho de petición no implica una respuesta positiva o que de alguna manera pueda darle la razón al solicitante. Sencillamente, sólo se requiere de una respuesta que cumpla como mínimo, con las directrices vistas en líneas anteriores.¹⁴ Agregó la Corte Constitucional en sentencia T-1006 de 2001: “La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea el derecho de petición, no la exonera del deber de responder”

Acerca del derecho de petición dijo la Corte Constitucional en sentencia T-074 de 1997:

“Esta Corporación ha manifestado que el derecho de petición goza de la naturaleza de fundamental, fue consagrado como un derecho de los ciudadanos tendiente a morigerar el poder omnímoto del Estado, es decir, es un instrumento de particular importancia para que la sociedad civil pueda controlar a sus autoridades y hacer valer sus derechos; igualmente, este derecho ha dejado de ser expresión formal de la facultad ciudadana de elevar solicitudes a las autoridades para pasar a garantizar los intereses ciudadanos y los derechos subjetivos, como elemento fundamental de la democracia participativa, por ende, la pronta resolución de las peticiones por parte de la Administración debe ser rápida, coherente y referirse a la materia consultada”.

¹⁴ Sentencia T-1122 de 2002 de la Corte Constitucional. Igualmente las sentencias T-377 de 2000, T-099 de 2001, T-249 de 2001, T-1006 de 2001, T-1089 de 2001 y T-1160A de 2001.

En este sentido, sea que el derecho de petición se ejerza en interés general o particular, en forma verbal o escrita, de acuerdo con el CCA el escrito correspondiente debe contener, por lo menos, la designación de la autoridad a la que se dirige, la identificación del solicitante y de su representante o apoderado, si es el caso, con la dirección correspondiente. Asimismo el objeto de la petición, las razones de hecho y de derecho en que se funda, la relación de documentos que se acompañan y la firma del peticionario. Todo requisito, para que sea exigible al administrado, deberá encontrarse en el Sistema Único de Información de Trámites, SUIT, según términos del artículo 3 de la Ley 962 de 2005.

Si quien presenta una petición verbal afirma no saber o no poder escribir y pide constancia de haberla presentado, el funcionario o funcionaria la expedirá en forma sucinta. Las autoridades podrán exigir, en forma general, que ciertas peticiones se presenten por escrito y, en el evento de ser necesario el diligenciamiento de formularios, éstos podrán exigirse a través de un medio tecnológico, electrónico, o físicamente. En todo caso, la utilización de medios electrónicos se regirá por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, en los artículos 251 a 293 del C de PC y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento. Le corresponde a la Administración Pública hacer públicos los medios tecnológicos o electrónicos de que dispongan, cuyo uso deberá garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad.

Para efectos probatorios, la copia de la solicitud será autenticada por la funcionaria o funcionario respectivo, con anotación de la fecha de presentación y del número y clase de los documentos anexos, la cual tendrá el mismo valor legal del original y se devolverá al interesado o interesada, sin que tal actuación cause erogación alguna a cargo de éste.

En la hipótesis del derecho de petición en interés particular, cuando la ley o los reglamentos exijan acreditar requisitos especiales para que pueda iniciarse o adelantarse la actuación administrativa, la relación de todos éstos deberá fijarse en un lugar visible al público en las dependencias de la entidad. En este sentido, cuando la petición aluda al reconocimiento de una prestación económica deben allegarse los documentos físicos que soporten el derecho que se reclama. Los funcionarios o funcionarias no podrán exigir a los interesados constancias, certificaciones o documentos que ellos mismos tengan, o que puedan conseguir en los archivos de la entidad.

Cuando a la petición no se acompañen los documentos o informaciones necesarios, quien recibe le indicará al peticionario lo que falte. Si éste insiste en la radicación,

se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias hechas. En este caso se requerirá al interesado o interesada, por una sola vez, para que aporte lo pertinente, suspendiéndose al efecto los términos para decidir de fondo. Los cuales comenzarán a correr de nuevo desde el momento en que el peticionario allegue nuevos documentos o informaciones con el propósito de satisfacer el requerimiento. No se podrán pedir más complementos y la autoridad decidirá con base en todo lo actuado. Si el interesado no da respuesta dentro de los dos meses siguientes al requerimiento, se entenderá que él ha desistido, sin perjuicio de que pueda presentar una nueva solicitud.

En el evento de que la respuesta a la petición implique el interés directo de terceros determinados se les citará, por el medio más eficaz, para que hagan valer sus derechos, dando a conocer el nombre del peticionario y el objeto de la petición. Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se insertará el texto o un extracto de la petición en la publicación que para el efecto tuviere la entidad, o en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso. El costo de estas citaciones y publicaciones deberá ser cubierto por el interesado dentro de los cinco días siguientes a la orden de realizarlas; si no cumpliera, se entenderá que desiste de la petición.

3.1.1. Derecho de petición en aras de la información

El derecho de petición que contiene el artículo 23 de la Constitución comporta el de solicitar y obtener acceso a la información sobre la acción de las autoridades y, particularmente, el de obtener copias de los respectivos documentos.

En torno a la información general dispone el artículo 8 de la Ley 962 de 2005 que todos los organismos y entidades de la Administración Pública deberán tener a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos, o por medio telefónico o por correo, información debidamente actualizada sobre normas básicas que determinan su competencia, funciones de sus distintos órganos, servicios que presta, regulaciones, procedimientos y trámites que gobiernan las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad, precisando los documentos requeridos, así como las dependencias responsables y los términos que tienen para cumplir las etapas previstas en cada caso; localización de dependencias, horarios de trabajo y demás indicaciones que les faciliten a las personas el cumplimiento de sus obligaciones o el ejercicio de sus derechos; dependencia, cargo o nombre a quien dirigirse en caso de una queja o reclamo. En ningún caso se requerirá la presencia personal del interesado

o interesada para obtener esta información, la cual debe ser suministrada, si así se solicita por cualquier medio a costa del interesado.

Respecto de la información especial y particular, las personas tienen derecho a consultar en horas de despacho al público –de ser necesario en presencia de un empleado- los documentos, registros y archivos que reposen en las oficinas públicas y a que se les expida copia de los mismos, siempre que éstos no tengan el carácter de reservados conforme a la Constitución o la Ley, o no tengan relación con la defensa o seguridad nacional (art. 74 CP). Para resolver sobre la petición de copias, las autoridades correspondientes disponen de un término máximo de diez (10) días, so pena de que se configure el silencio administrativo positivo, caso en el cual, el documento será entregado dentro de los tres (3) días siguientes. El incumplimiento de este mandato acarrea la pérdida del empleo.

Cuando la respuesta a la petición de información sea negativa, deberá motivarse indicando las razones por las cuales se considera reservado el documento respectivo;¹⁵ además, deberá notificarse al peticionario y al Ministerio Público. Por contrapartida, la respuesta positiva simplemente se ejecutará. Cuando la cantidad de copias solicitadas lo justifique, su expedición causará una erogación a cargo del peticionario, cuyo monto no podrá exceder el costo de la reproducción.

De otro lado, en atención a la necesidad de adelantar eficazmente las tareas propias del Estado, el carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo aquí previsto.

A propósito del derecho de acceso a los documentos públicos, afirmó la Corte Constitucional en sentencia C-887 de 2002:

“De lo anterior se desprende claramente que la regla general sobre publicidad de los documentos públicos está consagrada en la propia Constitución, y que únicamente la ley está habilitada para establecer las excepciones al derecho de acceder a los documentos públicos. Así lo ha reconocido la Corte desde sus primeros pronunciamientos al considerar que “el ejercicio del derecho al acceso a documentos públicos debe, pues, ceñirse a los postulados de la Constitución y la ley, tal como lo dispone expresamente el artículo 74., vale decir: solo la Carta Fundamental y la ley pueden establecer límites al ejercicio de este derecho que,

15 Sentencia T-074 de 1997 de la Corte Constitucional.

por supuesto, incluye la consulta de los documentos in – situ y no sólo como pudiera pensarse, la solicitud de copias.¹⁶

También ha señalado la Corte que el acceso a los documentos públicos no es absoluto en tanto y cuanto la ley puede establecer su reserva con base “en una objetiva prevalencia del interés general. En este orden de ideas, es permitido a los funcionarios impedir el acceso a documentos reservados si va autorizada, también cuando el contenido de los documentos vulnere el derecho a la intimidad”¹⁷. Igualmente, en reiteradas oportunidades¹⁸ esta Corporación ha expresado que, si bien el derecho a acceder a documentos públicos tiene carácter autónomo, es también una manifestación concreta del derecho de petición, como quiera que la principal finalidad de estos derechos es obtener una información a través de una respuesta concreta”.

Es importante destacar que, sobre el derecho de acceso a los documentos que reposan en las oficinas públicas dispone el artículo 21 de la Ley 57 de 1985:

“La Administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante providencia motivada que señale su carácter reservado, indicando las disposiciones legales pertinentes. Si la persona interesada insistiere en su solicitud, corresponderá al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo que tenga jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos decidir en única instancia si se acepta o no la petición formulada.

Ante la insistencia del peticionario para que se le permita consultar o se le expida la copia requerida, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al Tribunal para que éste decida dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Se interrumpirá este término en el caso de que el Tribunal solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir y hasta la fecha en la cual los reciba oficialmente”.

Debe aclararse que, con arreglo al artículo 131 del CCA, la competencia para conocer del prenotado recurso de insistencia recae en los Tribunales Administrativos, en única instancia, cuando la autoridad que profiera o deba proferir la decisión sea del orden Nacional o Departamental o del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

16 Sentencia T-473 de 1992 de la Corte Constitucional.

17 Sentencia T-473 de 1992 de la Corte Constitucional.

18 Entre otras, las sentencias T-424 de 1998, T-605 de 1996, T-116 de 1997, T-074 de 1997, T-306 de 1993 y T-473 de 1992 de la Corte Constitucional.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 134A del CCA, la competencia para conocer del recurso de insistencia reside en los Jueces Administrativos en única instancia, cuando la providencia haya sido proferida por funcionario, funcionaria o autoridad del orden municipal o distrital.

3.1.2. En formulación de consultas

El derecho de petición, en cuanto género, también incorpora el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales. La consulta se encamina siempre hacia la consecución de un saber, lo cual, dentro de un amplio radio de acción, se acompasa con el fin de fortalecer el conocimiento que prohija el Preámbulo de la Constitución y con la concreción de los presupuestos inherentes a la participación ciudadana. Ahora bien, la consulta se constituye en un importante medio de conocimiento, en un útil referente, tanto para los particulares como para las servidoras o servidores públicos en la esfera de sus actuaciones y decisiones, tal como ocurre por ejemplo con las consultas que absuelve la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que dicho sea de paso, sólo pueden ser formuladas por el Presidente de la República, los Ministros o los Directores de Departamentos Administrativos.

Las respuestas a las consultas deben tramitarse con economía, celeridad, eficiencia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días. Dichas respuestas no comprometen la responsabilidad de las autoridades que las atienden, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución. Lo cual encuentra su razón de ser en el hecho de que, en sede de consulta, se está en un plano de ilustración jurídica y no de resolución de conflictos de derecho. Un entendimiento en contrario sobre el sentido y alcance de la consulta podría degenerar en una sistemática invasión de competencias de otras autoridades, con la subsiguiente violación del debido proceso.

El valor no vinculante de los conceptos proferidos por las autoridades comporta el correlativo respeto al derecho que tienen los ciudadanos y ciudadanas a disentir, tal como se constata al examinar el tema de la corrección de las declaraciones tributarias, donde el inciso tercero del artículo 588 del Estatuto Tributario dispone: “Cuando el mayor valor a pagar, o el menor saldo a favor, obedezca a la rectificación de un error que proviene de diferencias de criterio o de apreciación entre las oficinas de impuestos y el declarante, relativas a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos que consten en la declaración objeto de corrección sean completos y verdaderos, no se aplicará la sanción de corrección. Para tal efecto, el contribuyente procederá a corregir,

siguiendo el procedimiento previsto en el artículo siguiente y explicando las razones en que se fundamenta”. Precepto éste que se halla en consonancia con el artículo 20 constitucional, conforme al cual, “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, (...)”.¹⁹

Por excepción, los conceptos emitidos en respuesta a las consultas tienen carácter vinculante, siempre que exista norma expresa que así lo prevea. A título de ejemplo, tenemos las siguientes hipótesis: 1) de acuerdo con el artículo 267 de la Constitución, el control fiscal podrá ser realizado por empresas privadas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado; 2) según el artículo 189-7 de la Constitución, el Presidente de la República puede, en receso del Senado, previo dictamen del Consejo de Estado, permitir el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República; 3) conforme al artículo 62 del Decreto 1791 de 2000, “(...) el Gobierno Nacional, para el caso de los oficiales o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministerio de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y agentes podrán disponer el retiro del personal en cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados”.

3.2. ACTUACIONES INICIADAS EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL

En un polo diferente al del ejercicio del derecho de petición, donde prima la iniciativa de la persona interesada, la preceptiva rectora le impone a la persona el deber de presentar una solicitud, una declaración tributaria o de otra clase o una liquidación privada, o el de realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa; caso en el cual las autoridades deberán actuar diligentemente para facilitar la iniciación, prosecución y conclusión de la respectiva actuación. Por lo mismo, no podrán impedir ni negarse a recibir el escrito con el que se pretende cumplir el deber, sin perjuicio de que se adviertan al interesado las faltas en que incurre, o las que aparentemente tienen su escrito. Cabe advertir que la funcionaria o el funcionario receptor de los actos de iniciación de un trámite administrativo sólo se puede pronunciar y, por ende, hacer las observaciones y requerimientos pertinentes, en relación con

19 El ejercicio público de la Razón de que hablaba Kant, se ve igualmente honrado cuando el Estado escucha atentamente los planteamientos idóneos que hacen las personas en el foro, en la academia, en la doctrina y, en general, en el ágora de la conciencia colectiva. Esos planteamientos inciden y tienen una consecuencia práctica en los actos privados de las personas y en el cumplimiento de sus obligaciones para con el Estado.

los aspectos formales, que no en lo atinente al tema de fondo, toda vez que sobre este particular habrá de versar la decisión que concluya la actuación en la respectiva etapa. Lo contrario podría implicar una vulneración del debido proceso en tanto el funcionario receptor estaría pretermitiendo ritualidades o etapas consustanciales a la respectiva actuación administrativa y, en el peor de los casos, podría invadir competencias que de suyo le son ajenas.

Cuando fuere pertinente, la Administración Pública deberá habilitar los mecanismos necesarios para poner a disposición gratuita y oportuna de los interesados e interesadas el formato definido oficialmente para el respectivo período en que deba cumplirse la respectiva obligación, utilizando al efecto formas impresas, magnéticas o electrónicas. Las entidades de la Administración Pública deberán colocar en medio electrónico, a disposición de los particulares, todos los formularios cuyo diligenciamiento se exija por las disposiciones legales. Para todos los efectos se entenderá que tienen el carácter de formularios oficiales las copias de los mismos que se obtengan de los medios electrónicos.

Cuando las autoridades no admitan los actos tendientes al cumplimiento de un deber, o de alguna manera entraban la iniciación de un trámite administrativo, la persona interesada podrá acudir ante el correspondiente funcionario o funcionaria del Ministerio Público, para que éste ordene iniciar el trámite legal y, llegado el caso, imponga las sanciones disciplinarias correspondientes.

En las actuaciones vistas se aplicarán los artículos 5, 11, 12, 13, 14 y 15 del CCA, así como el artículo 4 de la Ley 962 de 2005, y sus concordantes. Desde luego que todas las reglas que tiendan a garantizar y proteger el debido proceso deberán aplicarse en cada caso, según términos del artículo 29 superior.

3.3. ACTUACIONES INICIADAS DE OFICIO

En algunas oportunidades las entidades estatales adelantan por su propia iniciativa programas institucionales que devienen en procedimientos administrativos; en otras, tales procedimientos responden a situaciones coyunturales, a hallazgos que ameritan indagaciones o investigaciones y, en general, aluden a asuntos que requieren la iniciativa estatal en aras de la definición, corrección o terminación de situaciones jurídicas. En tales casos, cuando de la respectiva actuación se desprenda que hay terceros que puedan resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma. En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35 del CCA.

3.4. SILENCIO ADMINISTRATIVO

Como ya se vio, la satisfacción del derecho de petición implica, entre otros aspectos, una respuesta oportuna. La regla general indica que las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así a la persona interesada, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta. En lo tocante a la expedición de copias de documentos que reposen en las oficinas públicas el término para contestar es de diez (10) días. En las dos hipótesis examinadas la notificación debe hacerse dentro de los términos ya mencionados. Es decir, frente a la primera hipótesis, dentro de los 15 días se debe contestar y notificar la decisión; frente a la segunda, dentro de los 10 días se debe contestar y notificar la decisión.

En relación con el término de los quince (15) días, transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. La ocurrencia del silencio administrativo negativo²⁰ es la regla general; la excepción es el silencio administrativo positivo²¹ –que equivale a decisión estimatoria-, el cual deberá preverse en norma expresa. Así, por ejemplo, el artículo 22 del CCA establece que si a la solicitud de copias que reposen en las oficinas públicas no se da respuesta dentro de un término máximo de diez (10) días, se entenderá que la respectiva solicitud ha sido despachada favorablemente, esto es, que ha operado el silencio administrativo positivo. En cualquier caso, se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.²² Esta disposición se funda en el respeto y acatamiento que merece el derecho de petición,²³ donde, a tiempo que las autoridades pueden hallarse incurso en infracciones disciplinarias, en modo alguno quedan relevadas de contestar la petición formulada. Y como el silencio administrativo negativo entraña un acto ficto, la persona interesada puede interponer contra el mismo los recursos pertinentes, evento en el cual la autoridad pierde competencia temporal para contestar la petición inicial, al

20 Sentencia C-1194 de 2001 de la Corte Constitucional.

21 Sentencia C-304 de 1999 de la Corte Constitucional.

22 Sentencia T-257 de 1994 de la Corte Constitucional.

23 Sentencia T-1104 de 2002 de la Corte Constitucional.

propio tiempo que la mantiene para desatar los recursos interpuestos, siempre que lo haga dentro de los plazos prescritos en ley.

3.5. PUBLICACIONES, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES

En desarrollo del principio de publicidad el CCA inscribe unas reglas de perentorio cumplimiento para la debida materialización del derecho de contradicción, y por tanto, del debido proceso. Al respecto se tiene:

Los Actos Administrativos de carácter general sólo son obligatorios para los particulares a partir de su publicación en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen al efecto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

Los municipios que carezcan de medio oficial de publicidad podrán divulgar estos actos a través de la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio hábil.

En torno a la publicación del Acto Administrativo dijo la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de 30 de mayo de 1988:

“El Acto Administrativo no publicado, general o particular, hay que mirarlo en sus relaciones con al propia Administración y con los particulares. Por el primer aspecto el acto no publicado es oponible a la propia Administración, surte efectos respecto de ella, ya que lo conoce por haber sido quien le dio origen o nacimiento.

Por el segundo aspecto, hay que distinguir si el Acto Administrativo concede un derecho o impone una obligación al particular. Si el acto otorga un derecho al particular, éste puede reclamarlo de la Administración, aunque el acto no haya sido publicado. Si, por el contrario, el acto impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto sea publicado, aunque se haya dicho en el propio acto que podía serlo desde antes”.

A propósito de las publicaciones en el Diario Oficial, dispone el artículo 95 del Decreto 2150 de 1995:

“A partir de la vigencia del presente decreto, sólo se publicarán en el Diario Oficial, los siguientes documentos públicos:

- a) Los actos legislativos y los proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta:
- b) Las leyes y los proyectos de ley objetados por el gobierno:
- c) Los decretos y resoluciones ejecutivos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya vigencia se determinará en el mismo acto de su expedición, y los demás Actos Administrativos de carácter general expedidos por las entidades u órganos del orden nacional, cualquiera que sean las ramas u organizaciones a las que pertenezcan:
- d) Los actos de disposición, enajenación, uso o concesión de bienes nacionales
- e) La parte resolutive de los Actos Administrativos que afecten, de forma directa o inmediata, a terceros que no hayan intervenido en una actuación administrativa, a menos que se disponga su publicación en otro medio oficial destinado para estos efectos o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones, y
- f) Las decisiones de los organismos internacionales a los cuales pertenezca la República de Colombia y que conforme a las normas de los correspondientes tratados o convenios constitutivos, deban ser publicados en el Diario Oficial.

PAR.—Los actos administrativos de carácter particular y concreto surtirán sus efectos a partir de su notificación y no será necesaria su publicación. La expresión subrayada fue examinada por la Corte Constitucional, quien mediante sentencia C-646 de 2000 declaró su exequibilidad condicionada en los siguientes términos:

“DECLARAR EXEQUIBLE la expresión “...y no será necesaria su publicación” del parágrafo del artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995, en el entendido de que los Actos Administrativos de carácter subjetivo de las autoridades del orden nacional, y especialmente aquellos a los que se refiere el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso-Administrativo, cuya acción de nulidad tiene caducidad, se publicarán debidamente en el Diario Oficial o en otro medio oficial destinado para el efecto; (...).”

Por su parte el Decreto 2150 de 1995 dispuso en el artículo 96 que, “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61 de la Ley 190 de 1995, los convenios o contratos interadministrativos no requerirán de la publicación en el Diario Único de Contratación”.

Posteriormente, en relación con la publicación en el Diario Oficial, complementó el artículo 119 de la Ley 489 de 1998:

“A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:

- a) Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;
- b) Las leyes y los proyectos de ley objetados por el gobierno, y
- c) Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás Actos Administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas ramas del poder público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.

PAR.—Únicamente con la publicación que de los Actos Administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad”.

En la misma sentencia, C-646 de 2000, la Corte declaró la exequibilidad relativa del prenombrado artículo 119.

Ahora bien, en el plano del deber y forma de notificación personal, prescribe el CCA que las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado. Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera. Y el artículo 5 de la Ley 962 de 2005 agrega que cualquier persona natural o jurídica que requiera notificarse de un Acto Administrativo, podrá delegar en cualquier persona el acto de notificación, mediante poder, el cual no requerirá presentación personal; el delegado sólo estará facultado para recibir la notificación y toda manifestación que haga en relación con el Acto Administrativo se tendrá, de pleno derecho, por no realizada. Las demás actuaciones deberán efectuarse en la forma en que se encuentre regulado el derecho de postulación en el correspondiente trámite administrativo. Se exceptúa de lo dispuesto en este

artículo la notificación del reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos, de naturaleza pública o de seguridad social.

En el caso de no ser posible la notificación personal, si no hay otro medio más eficaz, para hacer la notificación personal al interesado o interesada se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que él haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o a la nueva que haya reportado posteriormente con tal propósito. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, de lo cual se dejará constancia en el expediente. En las actuaciones administrativas no se puede exigir la presentación personal del interesado, salvo aquellas exigidas taxativamente en los códigos.

Cabe advertir que los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Al hacer la notificación personal se entregará al notificado o notificada copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita. En su texto se indicarán los recursos que legalmente proceden contra la misma, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. En todo caso, la carga de claridad sobre estos aspectos recae exclusivamente en la Administración, de suerte que, en los casos en que ésta proceda de manera ambigua frente a los recursos que legalmente proceden contra el acto, la persona interesada queda en libertad de interponerlos o de no interponerlos, con las consecuencias que de allí se derivan en pro del agotamiento de la vía gubernativa. Lo cual tiene fundamento en el derecho de acceso a la justicia y en la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (arts. 228 y 229 CP).

Sin el lleno de estos requisitos, no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, por tanto, aunque el respectivo Acto Administrativo se presume válido, resulta ineficaz; a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales; esto es, en la hipótesis de la notificación por conducta concluyente el acto se torna eficaz.

Tampoco producirán efectos legales las decisiones, cuando a pesar de afectar en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, no se hayan publicado en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para el efecto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien profirió las decisiones.

Cuando no fuere posible hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive del Acto Administrativo.

AUTOEVALUACIÓN

Ae

Frente a cada uno de los siguientes casos, sírvase responder las cuestiones correspondientes:

1) Frente a la petición escrita de una persona, con los requisitos de ley, la autoridad competente no da respuesta dentro de los tres (3) meses siguientes. Sin embargo, al cabo del cuarto mes, la autoridad notifica personalmente la respuesta -aunque ésta no es de fondo- a lo solicitado por la persona interesada. ¿Qué puede hacer la persona afectada por tal actuación y ante qué autoridades?

2) La Administración expide un Acto Administrativo de carácter particular y concreto, pero al notificarlo le indica al destinatario lo siguiente: “Contra este acto proceden los recursos de reposición y/o apelación”. ¿Qué puede hacer la persona frente a la ambigüedad de esta actuación y ante qué autoridades?

3) Un particular, en ejercicio de funciones administrativas, dicta un acto contestando un escrito de petición. A pesar de que omite los pasos que prevé el CCA, directamente le ordena a un subalterno notificar por edicto su decisión en un lugar diferente al del territorio donde tiene facultades para obrar. ¿Qué puede hacer la persona afectada por tal medida y ante qué autoridades?

Para la adecuada realización de estos ejercicios, el docente o la docente harán una presentación de cada caso señalando las normas rectoras. Una vez expuestas las respuestas por parte de los discentes, se abrirá el debate, a través del cual el discente o la discente harán las aclaraciones y profundizaciones que estime pertinentes.

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

1) ¿Qué inferencias se pueden alcanzar del cotejo planteado entre el silencio administrativo –negativo o positivo- y el derecho de petición.

2) ¿Qué opina usted de las diferencias y contradicciones que se pueden presentar entre un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre un tema determinado, y una sentencia sobre el mismo tema de una de las secciones de esta corporación judicial?

3) ¿Qué conclusiones se pueden obtener al relacionar la reserva documental y el derecho fundamental a la intimidad de la persona?

Compare sus respuestas con el texto y el material de apoyo del módulo, formule conclusiones en torno a la calidad de sus planteamientos.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Aj

Examine las sentencias que se presentan a continuación; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte y la decisión tomada. Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Señalar coincidencias y discrepancias que se presenten entre las sentencias sobre puntos clave relativos a las actuaciones administrativas.

Las sentencias son: T-473 de 1992, T-424 de 1998, T-074 de 1997, C-304 de 1999, C-1194 de 2001, T-1122 de 2000.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. El autor hace importantes comentarios sobre la iniciación y trámite de las actuaciones administrativas, explicando la secuencia y resolución que tienen lugar a partir del derecho de petición en sus diferentes modalidades, a tiempo que pone de presentes aspectos como la limitación al derecho de petición y la protección judicial de la petición de documentos.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997, undécima edición. El autor hace un recuento histórico del derecho de petición a partir del Decreto 2733 de 1959, comparando a éste con el Decreto 01 de 1984. Al comentar algunos preceptos de este último afirma que este derecho implica una participación en la función pública, y que el mismo se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta.

Unidad⁴ | TRÁMITE DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Qg

Contribuir a la discusión, esclarecimiento, formulación y asimilación de las nociones que inspiran la actuación administrativa.

Qe

Identificar los lineamientos del debido proceso que se concretan en el trámite de la actuación administrativa.

Discriminar los diversos factores de competencia dentro la actuación administrativa, al igual que los derechos y deberes de los interesados.

Explicar el principio de imparcialidad que informa la actuación administrativa y su incidencia en los impedimentos y recusaciones

4. TRÁMITE DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

4.1. SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Como ya se estudió, el trámite de la actuación administrativa puede tener origen: 1) en el ejercicio del derecho de petición en interés general; 2) en el ejercicio del derecho de petición en interés particular; 3) en cumplimiento de un deber legal, y 3) en la actuación oficiosa de las autoridades.

De este modo, en un extremo de la relación aparecen los particulares, que pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras; y en el otro, la Administración Pública o los particulares investidos de autoridad para realizar funciones administrativas. Con el agregado de la presencia de los terceros, cuando quiera que éstos tengan interés directo en las resultas de la decisión.

4.2 EL EXPEDIENTE, PRUEBAS Y DECISIÓN

Toda actuación administrativa que requiera documentos para su desarrollo, implica la formación de un expediente, el cual, dependiendo de la complejidad del asunto estará integrado por uno (1) o más cuadernos. En cualquier caso, el cuaderno o cuadernos deben estar debidamente identificados y numerados en sus folios, respetando el orden cronológico en que se produzcan los actos y documentos que integran el expediente. Cuando existan documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto, se acumularán en un solo expediente, de oficio o a petición de persona interesada, con el fin de evitar decisiones contradictorias. Si los documentos se tramitaren ante distintas autoridades, la acumulación se hará en aquella donde se inició primero una actuación. Si alguna se opone, se acudirá inmediatamente al trámite de definición de competencias.

Dentro del trámite de toda actuación administrativa las personas interesadas pueden allegar pruebas y solicitar la práctica de otras, presentar informaciones ilustrativas y expresar sus opiniones, sin requisitos ni términos especiales, y claro, con el respectivo complemento que la actividad oficiosa puede depararle a la actuación. En este sentido, tendrán derecho a examinar el expediente en el estado en que se encuentre, y a obtener copias y certificaciones sobre el mismo, que se entregarán en un plazo no mayor de tres (3) días. Los documentos que de acuerdo con la Constitución y la Ley tengan el carácter de reservados y obren dentro del expediente, se integrarán en cuaderno separado. Con fundamento en todo lo actuado y a la luz de las normas rectoras, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares. En virtud del

principio de congruencia la decisión resolverá sobre todos los extremos de la actuación, esto es, sobre todos los planteamientos hechos desde el principio hasta el momento de producirse el acto que le ponga fin. Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte en vía gubernativa, si la hay.

En lo tocante a las decisiones discrecionales establece el artículo 36 del CCA:

“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

4.3. FUNCIONARIO INCOMPETENTE

Puede ocurrir que la persona formule su petición o trate de cumplir el deber legal correspondiente, ante una entidad o funcionario que no es competente para conocer del asunto. En tal caso, el funcionario deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o durante los diez (10) días siguientes a la recepción del respectivo escrito. Dentro del mismo término la funcionaria o el funcionario receptor deberá enviar al competente el escrito, y los términos previstos para decidir se ampliarán en diez (10) días.

4.4. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Como es de conocimiento público, uno de los principios rectores de las actuaciones administrativas es el de la imparcialidad, el cual comporta en cabeza de la respectiva autoridad el deber de obrar con objetividad, con respeto y acatamiento hacia el derecho a la igualdad, y por supuesto, con el fin de garantizar la materialización de los derechos, deberes y obligaciones radicados a favor o a cargo de las personas que actúan ante ellos.

Por lo mismo, los funcionarios y funcionarias que deban realizar investigaciones, practicar pruebas o tomar decisiones definitivas, deberán declararse impedidos cuando en ellos concurra alguna de las causales de recusación previstas en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil o en el artículo 30 del Código Contencioso-Administrativo. Para tales efectos, el funcionario o funcionaria, dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel en que comenzó a conocer del asunto o en que sobrevino la causal, manifestará por escrito y debidamente motivado su impedimento y entregará el expediente a su inmediato superior, y

en su defecto, al procurador regional. La autoridad ante quien se manifieste el impedimento dispone de un término de diez (10) días para resolver mediante acto motivado, en el cual señalará quién debe continuar con el trámite, pudiendo si es preciso designar funcionario o funcionaria ad hoc; igualmente ordenará la entrega del expediente al designado que ha de sustituir al separado del conocimiento. Contra este acto no cabe recurso alguno.

Cuando a pesar de obrar la causal, el funcionario no se declara impedido, el inmediato superior o el procurador regional podrá de oficio declarar probada la correspondiente causal de recusación. Los interesados e interesadas también podrán alegar la configuración de alguna causal en cualquier tiempo. En estos eventos, en lo pertinente se aplicará el procedimiento antes descrito.

En todo caso, y con el fin de garantizar en el mayor grado posible el principio de imparcialidad, el superior o el procurador regional podrán también separar del conocimiento a un funcionario o funcionaria cuando, a su juicio, presten suficiente mérito las denuncias formuladas por la persona interesada. Durante el trámite del impedimento se suspenden los plazos para decidir o para que opere el silencio administrativo.

4.5. DESISTIMIENTOS

Las actuaciones iniciadas a petición de persona interesada son desistibles en cualquier tiempo, pero las autoridades podrán continuarlas de oficio si las consideran necesarias para el interés público, a cuyos efectos actuarán con apoyo en decisión motivada. Esta posición oficiosa encuentra arraigo en el artículo 1 de la Carta Política, conforme al cual el interés general debe prevalecer.

De otra parte, es importante recordar que hay casos en que la petición formulada tiene especial relevancia frente a la prescripción de derechos, tal como ocurre en el campo laboral, donde los derechos prescriben en tres (3) años, contados desde la fecha en que la respectiva obligación se ha hecho exigible. Por tanto, para interrumpir la prescripción debe hacerse la petición o reclamo formal ante la Administración dentro de dicho lapso; pero si se desiste sin garantía alguna de pago del crédito laboral pretendido, se entiende que la petición presentada no interrumpe la prescripción, con el subsiguiente riesgo que ello apareja.

4.6. NULIDADES

El debido proceso implica que todas las actuaciones administrativas deben surtirse con sujeción a las formalidades establecidas en la ley con miras a la eficacia de los derechos, deberes y obligaciones involucrados. Por ello, la autoridad administrativa debe proveer a la depuración de todas aquellas actuaciones que tengan un origen espurio o que de alguna manera entrañen una degeneración que atente contra la dinámica y materialización de los objetivos propios de estas actuaciones. En este sentido le corresponde a la autoridad remover de oficio los obstáculos puramente formales, es decir, aquellos de poca entidad, a fin de evitar decisiones inhibitorias, reivindicando siempre la prevalencia del derecho sustancial.

Igualmente, cuando en el decurso de las actuaciones administrativas surjan nulidades por vicios de procedimiento, esto es, aquellos de gran entidad, éstos podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado o interesada. Al respecto, en su primera parte el CCA no estipula causales de nulidad para estas actuaciones, por lo cual, en la práctica habría que acudir a las prescritas en el CPC, en tanto sean compatibles. Sin embargo, como siempre aparece la discusión en torno a la competencia para declarar las nulidades en sede administrativa, lo más recomendable sería acudir a las figuras de la anulación o de la revocación de actuación procesal. Debe agregarse que en acatamiento del artículo 4 de la Constitución, le corresponde a las autoridades tomar los correctivos pertinentes, incluso decretar nulidades, cuando quiera que dentro de las actuaciones administrativas se detecten actos que atenten contra el ordenamiento superior, y también, contra la preceptiva legal. Al respecto el artículo 2 constitucional se erige en punto cardinal cuando determina que el Estado debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

4.7. SUSPENSIÓN Y AMPLIACIÓN DE TÉRMINOS, PREJUDICIALIDAD

En relación con este tema resulta pertinente traer a colación lo que expresa el profesor Jaime Orlando Santofimio en su obra sobre Derecho Administrativo:

“Conforme a lo expuesto a propósito de los principios de economía y eficacia, las actuaciones administrativas deben procurar básicamente llegar a decisiones de fondo, resolviendo sustancialmente las pretensiones y derechos que justificaron su iniciación. Con esta finalidad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos con el fin de dirigirlos de la manera que mejor satisfagan los intereses generales, y particularmente los de los sujetos involucrados en la correspondiente actuación. En este sentido, les corresponderá adoptar las

medidas procesales adecuadas con el fin de que al momento de proferir la decisión final esta se adecue plenamente a las exigencias de los artículos 35 o 36 del Código Contencioso-Administrativo. Esto es, a través del trámite de la actuación administrativa se hubieren podido recoger plenamente los argumentos probatorios y por otra parte tener plena certeza del bloque normativo aplicable al asunto con el fin de respetar plenamente el principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, si la administración (sic) llega al convencimiento de que carece de los elementos suficientes para decidir, deberá, si se encuentra en término, ordenar y practicar las pruebas que considere indispensables.

Si el término procesal no permite esta salida al problema, con fundamento en el artículo 6° del Código Contencioso-Administrativo lo podrá ampliar en lo que fuere necesario.

Ahora bien, si su decisión depende de lo que deba resolverse en otra actuación judicial o administrativa, lo prudente sería suspender temporalmente la actuación administrativa, hasta que se produzca la providencia correspondiente, que le permita a la administración (sic) sustentar su decisión desde el punto de vista de la legalidad, la realidad fáctica, el mérito y la oportunidad.

Se trata de reconocer para las actuaciones administrativas el principio de la prejudicialidad, sobre todo cuando sus decisiones deben estar perfectamente adecuadas al ordenamiento jurídico. En este sentido, si la decisión que debe adoptarse depende de lo resuelto en otro proceso, la calificación de la procedencia de la suspensión temporal o de la ampliación de términos es potestativa de la autoridad administrativa que dirija la actuación administrativa y dependerá de la evaluación previa que realice de su realidad procesal.

Desde el punto de vista de la base legal que deba utilizarse en la decisión administrativa, esto es, desde la perspectiva exclusiva del elemento jurídico de la motivación de la providencia administrativa, resulta claro, en nuestra opinión, que si una norma jurídica se encuentra impugnada ante la jurisdicción constitucional, o ante la contenciosa administrativa, no hay razón suficiente para interrumpir la actuación administrativa, ni mucho menos para ampliar los términos. La experiencia nos enseña que los procesos jurisdiccionales en Colombia no tienen una fecha exacta de terminación, lo que podría llevar a una falta de estabilidad jurídica por parte de la administración (sic) frente a las personas respecto de las cuales deba pronunciar sus decisiones.

Situación diferente se presenta en el caso excepcional de que la decisión dependa de una suspensión provisional de la norma que deba aplicarse, suspensión provisional que se encuentre en trámite o en espera de pronunciamiento jurisdiccional. En este evento, resulta más que razonable que la administración (sic) espere la decisión correspondiente. Es prudente suspender la actuación, o ampliar los términos en la medida en que le daría a la administración la claridad jurídica necesaria para un fallo de fondo.

Si bien es cierto que las normas jurídicas se presumen validas mientras no sean suspendidas, anuladas o declaradas inconstitucionales, la espera en estos casos resulta recomendable, con el fin de evitar providencias contradictorias o atentatorias de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ahora bien, si ya existe pronunciamiento sobre la suspensión provisional de la norma jurídica aplicable, la situación variará radicalmente pues ya la administración (sic) cuenta con la claridad necesaria para proceder conforme a lo dispuesto por el correspondiente tribunal (sic) o el Consejo de Estado”.²⁴

Como bien se desprende de los preceptos constitucionales y legales, en aras de la primacía de lo sustancial (art. 228 CP) le corresponde al servidor público, o al particular en ejercicio de funciones administrativas, en cada caso, verificar la necesidad y posibilidad de decretar la suspensión o ampliación de términos, a cuyos efectos puede limitar la dinámica del principio de la preclusión del proceso sin anular su núcleo esencial, en el entendido de que las actuaciones administrativas deben propender por la materialización del valor de la justicia, que es lo que en definitiva le importa a la sociedad y, especialmente, a las personas interesadas en cada asunto administrativo.

AUTOEVALUACIÓN

Ae

Frente a cada uno de los siguientes casos, sírvase responder las cuestiones correspondientes:

1) Por equivocación, una persona presenta escrito de petición ante un servidor público incompetente para conocer del asunto. Éste no le hace observación alguna al respecto, y por el contrario, inicia, prosigue y decide la actuación administrativa, llegando hasta su notificación. ¿Qué puede hacer la persona afectada por tal actuación y ante qué autoridades?

²⁴ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, tercera edición, tomo II, pp. 209 a 211.

Ae

2) *Al momento de decidir lo atinente a una actuación administrativa, el funcionario o funcionaria observa que en él concurre una causal de recusación sobreviniente. No obstante, guarda silencio y resuelve el asunto. Si un particular se siente afectado por dicha falencia, ¿qué puede hacer y ante qué autoridades?*

3) *Dentro de una actuación administrativa se presentan las siguientes irregularidades: i) a pesar de que existe certeza sobre la existencia de terceros interesados en la resulta de la decisión, no se les cita; ii) no se decretaron ni practicaron dos pruebas que eran pertinentes para resolver de fondo el asunto; iii) en la notificación del Acto Administrativo que le puso fin a la actuación no se indicaron los recursos que proceden, ni el término, ni la autoridad ante quien se pueden interponer. ¿Qué pueden hacer las personas afectadas por las mencionadas falencias y ante qué autoridades?*

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

1) *¿Qué similitudes y diferencias se pueden presentar entre el funcionario o funcionaria incompetente y el que se halla incurso en una causal de recusación?*

2) *¿Qué opina usted de la competencia que puede tener la autoridad para declarar nulidades dentro de la actuación administrativa?*

3) *¿Qué opina usted de la figura de la prejudicialidad en el ámbito de la actuación administrativa, de cara al principio de celeridad?*

Compare sus respuestas con el texto y el material de apoyo del módulo, formule conclusiones en torno a la calidad de sus planteamientos.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

A_j

Examine las sentencias que se presentan a continuación; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte y la decisión tomada. Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Fijar los puntos que guardan conformidad o disconformidad en las respectivas sentencias, en lo tocante a las actuaciones administrativas.

Las sentencias son: T-303 de 1994, C-100 de 1996, C-176 de 1996, C-734 de 2000 y C-1161 de 2000.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

B_s

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. El autor ilustra ampliamente sobre el trámite y formación del expediente en sede administrativa, dando inicio con el ejercicio del derecho de petición y tocando aspectos tan importantes como los impedimentos y recusaciones, la intervención de terceros, las nulidades, la suspensión o ampliación de términos y la prejudicialidad.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997, undécima edición. Con una perspectiva histórica que toma como especial referente al Decreto 2733 de 1959, el autor hace breves comentarios sobre la iniciación y trámite de las actuaciones administrativas, aludiendo a la citación de terceros, a la formación del expediente, a las pruebas y a los recursos.

Unidad 5 | PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Og

Contribuir a la discusión, esclarecimiento, formulación y asimilación de las nociones que determinan la estructura de los procedimientos especiales.

Oe

- *Identificar y aplicar correctamente las normas que informan los procedimientos especiales.*
- *Formular problemas y alternativas de solución frente a la evolución práctica y teórica de los temas tratados.*
- *Comparar el procedimiento administrativo general con los procedimientos especiales y obtener conclusiones en torno a las diferencias relevantes que se puedan derivar de allí.*
- *Determinar los avances jurídicos y prácticos que resultan del correcto entendimiento y aplicación de las reglas concernientes a los procedimientos especiales.*

5.1. EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

5.1.1. Marco constitucional

De conformidad con el artículo 365 de la Carta Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado²⁵. Igualmente, es deber del Estado asegurar su prestación eficiente²⁶ a todos los habitantes del territorio nacional.

De este dispositivo constitucional se derivan varias directrices, a saber: (i) los servicios públicos domiciliarios tienen como fin primordial el contribuir al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población;²⁷ (ii) el Estado es el garante de la prestación eficiente de tales servicios, tanto en la perspectiva de los usuarios y usuarias como en la dimensión de los intereses empresariales (estatales u oficiales; (iii) estos servicios se someten al principio de universalidad, en tanto deben prestarse a todos los habitantes y las habitantes (nacionales y extranjeros) del territorio nacional sin discriminación alguna, pues como bien se deduce del contexto general del ordenamiento constitucional, dichos servicios son esenciales²⁸ y están inescindiblemente ligados a los Derechos Fundamentales²⁹. Por lo mismo, el Estado debe discurrir ante la comunidad como garante permanente en la prestación de tan importantes servicios.

Precisamente, en atención al carácter esencial que los servicios públicos domiciliarios entrañan para la calidad de vida digna de las personas, y ante la recurrente incapacidad del Estado para asumir su prestación directa, el segundo inciso del artículo 365 superior dispone que los mismos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares³⁰. De este modo se constitucionalizó la presencia económica y social de los particulares en la prestación de los mencionados servicios³¹, con las responsabilidades que ello apareja, según términos de los artículos 333, 210 y 123 in fine, de la Constitución, con arreglo a los cuales la actividad empresarial es libre dentro de los límites del bien común, donde la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, amén de las

25 Sentencia C-1371 de 2000 de la Corte Constitucional.

26 Sentencia C-263 de 1996 de la Corte Constitucional.

27 Sentencia T-1016 de 1999 y T-1432 de 2000 de la Corte Constitucional.

28 Sentencia C-663 de 2000 de la Corte Constitucional.

29 Sentencia T-953 de 2002 de la Corte Constitucional.

30 Sentencia C-1162 de 2000 de la Corte Constitucional.

31 La inveterada y creciente presencia de los particulares en la órbita de los servicios públicos, en general, muestra un hito importante en el artículo 1 del Decreto 01 de 1984. En este sentido puede verse, entre otras, la sentencia C-558 de 2001 de la Corte Constitucional.

responsabilidades que se derivan del ejercicio de las funciones administrativas que envuelve la prestación de servicios públicos domiciliarios. En este sentido, al tenor del artículo 333 superior, se establece una ecuación que se despliega así: de una parte se ampara la libertad de empresa con viabilidad rentística, y de otra, se le impone a los operadores económicos una responsabilidad social, al igual que el respeto al medio ambiente y al patrimonio cultural de la Nación. En últimas, la actividad empresarial (estatal o privada), en el ámbito del desarrollo sostenible, debe siempre mostrar un balance social. Con un director indiscutible de la economía, que es el Estado Social de Derecho, quien por mandato expreso del artículo 334 de la Carta, debe intervenir³² para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de las habitantes y los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El artículo 365 superior prescribe que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley. Y fue tan diligente el Constituyente de 1991 sobre la concreción de este hacer, que a través del artículo transitorio 48 previó que, si al término de las dos primeras legislaturas del nuevo Congreso de la República no se expidiera el estatuto legal correspondiente, el Presidente de la República quedaba autorizado para ponerlo en vigencia a través de decretos con fuerza de ley. Así, al amparo de este basamento constitucional, es lógico inferir que estamos ante un régimen especial.³³

5.1.2 Marco legal

La preceptiva jurídica de los servicios públicos domiciliarios está comprendida principalmente en las siguientes disposiciones legales y reglamentarias: Ley 72 de 1989, ley 142 de 1994, ley 143 de 1994, ley 286 de 1994, ley 37 de 1993, ley 182 de 1995, ley 222 de 1995, ley 226 de 1995, ley 373 de 1995, ley 335 de 1996, ley 383 de 1997, ley 422 de 1998, ley 446 de 1998, ley 489 de 1998, ley 610 de 2000, ley 632 de 2000 y ley 633 de 2000, ley 689 de 2001. Decreto 951 de 1989, decreto 1303 de 1989, decreto 1900 de 1990, decreto 1842 de 1991, decreto 990 de 1998, decreto 421 de 2000 y decreto 891 de 2002.

Pues bien, en ejercicio de sus competencias constitucionales, el Congreso expidió la ley 142 de 1994, “Por la cual se establece el régimen de los servicios

³² Constitucionalmente, desde el año 1936 le compete al Estado intervenir en la orientación y marcha de la economía en pro del bien común, y hoy, con planes nacionales de desarrollo que destacan la presencia del CONPES.

³³ Los planteamientos constitucionales que aquí se expresan, hacen parte de la sentencia de 22 de agosto de 2006, exp. AT-06-1786, Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. M.P. José Antonio Molina Torres.

públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. Preceptiva que a la fecha ha experimentado un polémico desarrollo práctico, con las consecuencias que la realidad nacional muestra en los dominios de la calidad, de la cobertura y de los costos de tales servicios. Ciertamente es que a través de varias reformas legales se ha tratado de conjurar y resolver algunas de las perversiones que acusa la fenomenología del sector, tal como ocurre, por ejemplo, con la Ley 689 de 2001 y con la nueva ley de arrendamientos. Empero, las falencias del régimen de los servicios públicos domiciliarios nos convocan hacia el replanteamiento estructural de una preceptiva que englobe los aspectos jurídicos, técnicos, ambientales, operativos y financieros pertinentes; esto es, que al tenor de una nueva ley suficientemente comprensiva de los diversos extremos del servicio, el mencionado ordenamiento desarrolle armónicamente los mandatos de la Carta Política. Por donde, la nueva noción de servicio público está llamada a construirse integrando los respectivos contenidos jurídicos, económicos, técnicos, culturales y ambientales, y todo, en una perspectiva social.

En esta dimensión, la Ley 142 de 1994 establece un esquema empresarial que se explica en los siguientes términos:

De acuerdo con el inciso primero de su artículo 17, las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley. Igualmente, con arreglo al párrafo 1 de este artículo, las entidades descentralizadas de cualquier orden, territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

Ab initio, con referencia a la composición del capital de las empresas del sector, la ley acoge dos géneros empresariales distintos:

Primero. Las empresas de servicios públicos domiciliarios que, por disposición de su artículo 17, se deben constituir como sociedades por acciones.

Segundo. Las empresas industriales y comerciales del Estado que, por disposición del párrafo 1 del mismo artículo, no pueden constituirse por acciones.

Por consiguiente, en el campo de los servicios públicos domiciliarios las empresas industriales y comerciales del Estado –de cualquier orden– no pueden constituirse por acciones. Conclusión que encuentra suficiente respaldo sistémico en todo el ordenamiento jurídico que gobierna la prestación de los susodichos servicios.

En efecto, nótese cómo la Ley 142 en los numerales 5, 6 y 7 de su artículo 14, define a las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios como oficiales, mixtas o privadas, dependiendo del monto de los aportes estatales y privados a capital. De manera concurrente el artículo 19 ejúsdem determina que estas empresas se someten a un conjunto de reglas, que con algunas particularidades³⁴ en torno al capital suscrito y pagado, tienen especial parentesco con el régimen jurídico de las sociedades por acciones, y particularmente, con las sociedades anónimas, ya que al tenor del numeral 15 del prenotado artículo 19: “En lo demás, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas”.

Ahora bien, entre el suscriptor, suscriptora y/o usuario, usuaria y la empresa o entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios media una relación contractual, la cual sienta sus reales en el contrato de condiciones uniformes, que se caracteriza por ser consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y de adhesión, tal como lo prescribe el artículo 128 y siguientes de la Ley 142 de 1994. Asimismo, el artículo 152 de esta ley dispone que “es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos, relativos al contrato de servicios públicos”. En cuanto a su régimen legal el artículo 132 de la misma ley prevé: “El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las Empresas de Servicios Públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil”.

En torno al contrato de condiciones uniformes ha dicho la Corte Constitucional:

“Este tema fue examinado por la Corte Constitucional con particular énfasis a través de la sentencia T - 540 de 1992, donde al efecto se afirmó:

“La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas encargadas de su prestación no es un tema pacífico en la doctrina. Por un lado, la tesis privatista, anteriormente vinculada a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión de la administración, hoy en auge en razón del movimiento que favorece la privatización de empresas de servicios públicos, postula la aplicación del derecho privado a muchas prestaciones administrativas, en especial las desempeñadas por concesionarios. La tesis de la naturaleza jurídico-pública, de otra parte, sostenida por la doctrina alemana, señala que

34 Las particularidades que muestra la ley en torno al capital suscrito y pagado pueden estimular la formación de sociedades de papel y, en general, las empresas de maletín.

invariablemente la actividad inherente a todos los servicios públicos no es contractual, sino reglamentaria. Se busca enfatizar la prevalencia de la seguridad jurídica sobre las ventajas individuales de la contratación privada en atención a que la prestación de servicios es una actividad dirigida a la realización del interés público. Ninguna posición unilateral, sin embargo, ha logrado responder cabalmente a las características de los diversos servicios públicos.

“La relación jurídica entre el usuario y las empresas de servicios públicos domiciliarios es, en algunos aspectos y respecto de ciertos servicios, una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley.

“La variedad de los servicios públicos - esenciales (CP arts. 56, 366), sociales (CP arts. 46, 48, 64), domiciliarios (CP arts. 367 y ss), comerciales o industriales (CP art. 64) y las variadas modalidades de su prestación - directamente por el Estado o a través de comunidades organizadas o particulares - son criterios que sumados a la decisión del legislador permiten determinar el derecho aplicable en cada caso. La clásica exigencia de someter los servicios públicos a las reglas exorbitantes del derecho público con miras a mantener las prerrogativas del Estado ha perdido vigencia frente a su prestación creciente a través de concesionarios y la superación de la antinomia entre rentabilidad, eficacia y cubrimiento del servicio. La situación jurídica del usuario en parte es contractual y en parte reglamentaria, según lo establezca el propio legislador (CP art. 365). Esta regulación es más intensa y abarca mayor número de aspectos de las relaciones entre el Estado y los usuarios cuando el servicio asume un carácter acentuadamente más administrativo y se presta directamente por el Estado. Al contrario, tratándose de servicios públicos prestados por particulares, los aspectos o problemas no previstos en la reglamentación administrativa, salvo si de su naturaleza se deduce lo contrario, deben resolverse aplicando criterios contractualistas, más afines a las actividades desarrolladas por los concesionarios de un servicio público.

“No es entonces exótico que la relación jurídica entre usuario y empresa de servicios públicos sea simultáneamente estatutaria y contractual. En materia de servicios públicos domiciliarios, por el contrario, esta es la regla general, debido a que su prestación involucra derechos constitucionales - salud, educación, seguridad social, etc. - y su reglamentación administrativa obedece a intereses

públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado”³⁵.

Esa relación estatutaria y contractual aparece vertida en el artículo 132 de la ley de servicios, que a su turno impone una regla hermenéutica tendiente a la armonización jerárquica de esta ley con las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, con las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y con las normas de los códigos de comercio y civil. Poniéndose de relieve el carácter mixto, o si se quiere especial, del contrato de servicios públicos, de suyo uniforme, consensual, de tracto sucesivo, oneroso y de adhesión.

Como era de esperarse, a la luz de la ecuación empresa - usuario la ley 142 señaló las reglas concernientes a la solución de los conflictos que se puedan presentar, tanto entre los extremos contractuales como entre el usuario y terceros, definiendo al efecto las directrices para la defensa de los usuarios en sede de la empresa y para la liberación del suscriptor (temporal o definitiva) respecto de sus obligaciones contractuales, a tiempo que le defirió a las comisiones de regulación la competencia para determinar por vía general los casos en que el suscriptor podrá acceder a dicha liberación obligacional (art. 128, inc. 4º).

De capital importancia para la existencia del contrato de condiciones uniformes es el derecho de petición y los principios de publicidad y contradicción, toda vez que al tenor del artículo 152 de la ley de servicios: “Es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos”.

Propio es decir también que esa publicidad que reclama para sí el contrato de condiciones uniformes trasciende sus cláusulas socialmente en pro de la participación ciudadana que la ley 142 prevé en cabeza de los comités de desarrollo y control social, como que éstos, en nombre de la comunidad que aglutinan y representan, tienen funciones de coparticipación empresarial y de control en aras de la continuidad, la eficiencia y la eficacia de esos servicios que en gran medida suelen dar noticia sobre la calidad de vida de los habitantes de un país.

A partir de ese presupuesto básico de la publicidad el ejercicio del derecho de contradicción se desenvuelve a través de las actuaciones administrativas y de la vía gubernativa, concretándose ante todo en oportunidades para formular peticiones, quejas, reclamos y recursos, de cuyos resultados prácticos debe dar razón, de una parte, la estructura orgánica y funcional de las oficinas de

35 Corte Constitucional, sentencia T-540 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

peticiones, quejas y recursos de las empresas, y de otra, el grado de credibilidad social alcanzado por éstas a partir de sus actuaciones y resoluciones.

Con arreglo a todo lo anterior puede decirse que, el carácter esencial que los derechos de petición y contradicción ostentan en el marco del contrato de condiciones uniformes atiende a la protección inmediata de los derechos del usuario, a la cobertura, calidad y costos del servicio que informan los fines sociales del Estado, y por supuesto, a la participación de las personas en las decisiones que las afectan. De lo cual se sigue la necesidad de que las actuaciones y resoluciones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios correspondan tanto a la ley como a la praxis inherente a esa viabilidad empresarial que la Carta reconoce y estimula al amparo de la libre competencia económica con responsabilidad social, ambiental y cultural (art. 333)”.³⁶

En un plano más amplio, conviene recordar que la preceptiva de los servicios públicos domiciliarios tiene su génesis en un bloque de competencias concurrentes, toda vez que, a partir de los postulados constitucionales, el régimen de estos servicios está integrado por la Ley 142 de 1994 y las demás que la modifican y complementan; los decretos del Presidente de la República; los Actos Administrativos de las Comisiones de Regulación –CRA, CREG y CRT– y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; las ordenanzas de las Asambleas Departamentales; los acuerdos de los Concejos Municipales y Distritales; y las estipulaciones que con arraigo en las reglas superiores establezcan en los contratos de servicios públicos las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En esta relación jurídica se destaca la especial naturaleza que entraña la factura de servicios públicos, la cual se identifica como cuenta de cobro, título ejecutivo y Acto Administrativo, según voces de los artículos 14-9, 130 y 154 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con las normas del derecho civil y comercial.

En razón de su naturaleza jurídica, la factura experimenta un desdoblamiento que se expresa así: i) para efectos de su cobro, o lo que es igual, cuando la empresa o entidad prestadora del servicio procede como sujeto activo para obtener el pago, la factura se comporta como un título ejecutivo; ii) cuando es el suscriptor o suscriptora, usuario o usuaria quien actúa contra la factura de servicios, ésta se comporta como un Acto Administrativo. Éste es el sentido que nos interesa para el desarrollo de la presente unidad, toda vez que se trata de estudiar el desenvolvimiento de la factura en sede administrativa.

36 *Sentencia C-558 de 2001 de la Corte Constitucional.*

5.1.3 Procedimiento para la defensa del usuario o usuaria en sede de la empresa de servicios públicos

A partir del perfeccionamiento del contrato de condiciones uniformes y de la prestación del servicio mismo, la empresa o entidad debe facturar todos los factores autorizados por las normas sobre servicios públicos domiciliarios, en la forma, condiciones y tiempo debidos. Al respecto el artículo 150 de la Ley 142 de 1994 prescribe que: “Al cabo de cinco meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario”.

De conformidad con el artículo 124 del Decreto 2150 de 1995, el suscriptor o usuario tiene derecho a recibir oportunamente la factura de cobro y la empresa la obligación de entregársela. Dicha entrega deberá realizarse por lo menos con cinco días de antelación a la fecha de pago oportuno señalada en la factura. Asimismo, de acuerdo con el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, las reclamaciones contra la factura deben hacerse dentro de los cinco meses siguientes a la expedición de la misma.

El procedimiento para la defensa de los usuarios y las usuarias en sede de la empresa se halla comprendido entre los artículos 152 y 159 de la Ley 142 de 1994 y concordantes, en los siguientes términos: 1) es de la esencia del contrato de servicios públicos domiciliarios que el suscriptor o suscriptora, usuario o usuaria pueda presentar ante la empresa o entidad peticiones, quejas y recursos relativos a dicho contrato; 2) para ESTOS fines las personas prestadoras de tales servicios deben constituir la oficina de peticiones, quejas y recursos – PQR-, y ésta debe contestar de manera completa, precisa y oportuna las peticiones sobre todas las operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información amparada por reserva constitucional o legal; 3) sea cual fuere el Acto Administrativo que afecte al suscriptor o suscritora, usuario o usuaria, cuando aquél o éste formulen reclamos o recursos, la empresa o entidad tiene el deber de otorgar todas las garantías constitucionales y legales posibles, en aras del debido proceso y de la supremacía del derecho sustancial.

Para una adecuada ilustración sobre la ritualidad del procedimiento en sede administrativa traemos a colación la hipótesis de la factura. Al respecto, cuando quiera que el suscriptor o usuario no esté conforme con el contenido de ésta, dentro de los cinco meses siguientes a su expedición deberá presentar, ante la PQR, el correspondiente reclamo, para cuya contestación y notificación la

empresa o entidad dispone de un término de quince (15) días hábiles, siguientes al reclamo, so pena de que se configure el silencio administrativo positivo. La respuesta se da a través de un Acto Administrativo, contra el cual proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales se deben interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación en el mismo escrito y en orden subsidiario, ante el gerente o representante legal de la persona prestadora de los mencionados servicios. La decisión del recurso de posición debe producirse y notificarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su interposición, so pena de que se configure el silencio administrativo positivo. En cualquier caso, el silencio administrativo positivo ocurre, salvo que se demuestre que el suscriptor o suscriptora, usuario o usuaria auspició la demora o que se requirió la práctica de pruebas.

Ahora bien, siempre que se presente el silencio administrativo positivo, la empresa o entidad prestadora del servicio deberá, dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes al vencimiento del término de los quince (15) días hábiles, reconocer al suscriptor o suscriptora, usuario o usuaria, los efectos de dicho silencio. “Si no lo hiciere, el peticionario podrá solicitar de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la imposición de las sanciones correspondientes, sin perjuicio de que ella adopte las medidas pertinentes para hacer efectiva la ejecutoriedad del acto administrativo presunto”. Tal como lo dispone el artículo 123 del Decreto 2150 de 1995.

En esta materia el Consejo de Estado afirma:

“En relación con la interpretación el artículo 123 del Decreto 2150 de 1995, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa y clara en señalar que se configura el silencio administrativo positivo cuando las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no resuelven los peticiones, quejas y recursos propuestos dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de presentación del mismo, salvo que el usuario o suscriptor hubiese auspiciado la demora o se hubiese requerido la práctica de pruebas. De consiguiente, la ausencia de resolución de una petición produce un acto administrativo presunto que genera derechos subjetivos, en la medida en que ese acto no contradiga la ley o la Constitución. En este orden de ideas se concluye que la acción de cumplimiento es procedente para exigir la operancia del silencio administrativo positivo cuando la empresa prestadora del servicio público domiciliario no hubiere resuelto el recurso de reposición dentro del término y en las condiciones señaladas en el artículo 158 de la Ley 142 de 1994. Es decir que si la empresa de servicios públicos no resuelve la petición dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de su presentación está obligada a reconocer, dentro de las 72 horas siguientes al vencimiento del anterior término, el silencio

administrativo positivo respecto de lo solicitado, a menos que demuestre que su demora fue auspiciada por el peticionario o que obedeció a la práctica de alguna prueba relacionada con tal petición”.³⁷

Ahora bien, conviene recordar que las notificaciones que la empresa o entidad prestadora de servicios públicos haga sobre su respuesta a las peticiones, quejas y recursos (reposición) del usuario o suscriptor, deben concretarse dentro de los mismos 15 días que tiene para decidir; pues, de nada sirve que al interesado se le resuelva su petición, queja o recurso dentro de los 15 días siguientes a la presentación del escrito correspondiente, cuando la notificación se le hace con posterioridad a este término. En otras palabras, la respuesta que la empresa o entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios debe darle a las peticiones, quejas y recursos, sólo se puede estimar como oportuna cuando dentro del mencionado término de los 15 días la empresa o entidad decide y le notifica al usuario o suscriptor el contenido del respectivo acto administrativo. En caso contrario, la respuesta de la empresa o entidad es extemporánea, y por ende, se configura el silencio administrativo positivo con los efectos que señala la ley.

Cuando la decisión del recurso de reposición sea contraria a lo solicitado por el suscriptor o usuario, el gerente o representante legal de la empresa deberá, a continuación de la notificación sobre lo resuelto, enviar el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para que dirima el recurso de apelación. “Si dentro del trámite de la apelación, la Superintendencia de Servicios Públicos estima necesario practicar pruebas o el recurrente las solicita, deberá informar por correo certificado a las partes, con la indicación de la fecha exacta en que vence el término probatorio, que no puede ser superior a treinta (30) días hábiles, prorrogables hasta otro tanto”. Según lo prevé el artículo 20 de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 159 de la ley 142 de 1994.

Tanto el reclamo como la interposición de los recursos de reposición y apelación, no implican el pago previo de las cantidades discutidas por el suscriptor o suscriptora, usuario o usuaria, incluso cuando se trate del promedio del consumo de los últimos cinco períodos; antes bien, para recurrir, el interesado o interesada sólo debe pagar previamente las sumas que él reconoce deber a la empresa o entidad prestadora del servicio público. Igualmente, salvo en los casos de suspensión en interés del servicio, o cuando ésta pueda hacerse sin que sea falla del servicio, la empresa o entidad tampoco podrá suspender, terminar o cortar el servicio, hasta tanto haya notificado al suscriptor o usuario la decisión

37 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 16 de octubre de 2003, radicación 03-1402-01. M.P. Darío Quiñones Pinilla.

sobre los recursos interpuestos en debida forma. Lo cual es indicativo de que, una vez agotada la vía gubernativa, la empresa o entidad sí podrá suspender, terminar o cortar el servicio correspondiente.

Las peticiones, quejas, reclamos o recursos no requieren presentación personal ni intervención de abogado aunque se emplee un mandatario, y pueden formularse por violación de la ley o de las condiciones uniformes del contrato. Le corresponde a las empresas y entidades disponer de formatos para facilitar la presentación de los recursos a los suscriptores o usuarios que deseen emplearlos. En forma complementaria, las personerías municipales deberán asesorar a los suscriptores o usuarios que deseen presentar recursos, cuando lo soliciten personalmente.

Concurrentemente, en el plano de la publicidad de los actos producidos por las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, debe subrayarse el artículo 159 de la Ley 142 de 1994 (modificado por la Ley 689 de 2001), conforme al cual las decisiones relativas a peticiones y recursos deben hacerse en la forma prevista en el CCA.

En la esfera del procedimiento administrativo propio de los servicios públicos domiciliarios, en sentencia C-558 de 2001 afirmó la Corte Constitucional:

“Bajo estos lineamientos la ley 142 de 1994 estableció en su capítulo VII las reglas correspondientes a la DEFENSA DE LOS USUARIOS EN SEDE DE LA EMPRESA, destacando in límine el rol esencial que las peticiones, quejas y recursos juegan dentro del contrato de servicios públicos domiciliarios. En tal sentido estipuló un mandato orgánico y funcional según el cual todas las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben constituir una oficina de peticiones, quejas y recursos, con facultades para decidir sobre los pedimentos verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores o los suscriptores potenciales en relación con el servicio o los servicios que presten. Seguidamente definió al recurso como un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, enunciando como actos susceptibles de recurso los de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa.

De este modo quedó regulada una auténtica vía gubernativa para el sector de los servicios públicos domiciliarios, sin distingo alguno en cuanto a la naturaleza pública, mixta o privada de los agentes prestadores, que a su turno obran como titulares de funciones administrativas. Lo cual encuentra su razón de ser en la necesidad de que las empresas y entidades del sector tengan la oportunidad

de revisar y enmendar sus propios actos hasta el grado de la reposición, con la subsiguiente y complementaria competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en recurso de apelación.

Es de registrar que si bien el artículo 154 de la ley 142 señala en su primer inciso como susceptibles de reposición y apelación los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación; con arreglo a los incisos siguientes cabe entender que la interposición del recurso de reposición no siempre es dable de manera inmediata, toda vez que para la procedencia de los recursos contra actos de facturación debe mediar el previo reclamo por parte del interesado. Reclamo que en todo caso debe hacerse dentro de los cinco meses siguientes a la expedición de la factura. De suerte que el recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación debe interponerse dentro de los cinco días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. Este mismo término opera en relación con los recursos de reposición y apelación contra los demás actos de la empresa que enumera el primer inciso del citado artículo 154, esto es, que los recursos gubernativos proceden dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que la empresa ponga en conocimiento del suscriptor o usuario el acto de negativa del contrato, suspensión, terminación o corte. Siendo necesario destacar también la causal de improcedencia que frente a los tres últimos actos prevé el segundo inciso del artículo 154 al disponer que:

“No son procedentes los recursos contra los actos de suspensión, terminación y corte, si con ellos se pretende discutir un acto de facturación que no fue objeto de recurso oportuno”.

Causal que encuentra su razón de ser en el hecho de que no resulta justificable ni proporcionado el que un suscriptor o usuario pretenda cuestionar actos vinculados a facturaciones que no reclamó ni recurrió dentro de la oportunidad legal, pues a derechas se entiende que mal podría impugnarse unos actos que como la suspensión, terminación o corte devienen de una facturación que ya está en firme, debiendo por tanto el usuario o suscriptor soportar los efectos económicos y operativos de su incuria o desentendimiento.

En cuanto al orden de presentación de los recursos la ley de servicios establece que el recurso de apelación sólo puede interponerse como subsidiario del de reposición ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Asimismo, con el fin de apoyar el ejercicio del derecho de contradicción la ley permite al interesado formular el recurso personalmente o a través de interpuesta persona, sin que deba ser abogado quien obre como mandatario. Seguidamente, en desarrollo del principio de celeridad la ley estipula que las

empresas deberán disponer de formularios para facilitar la presentación de los recursos, correspondiéndole también a las personerías asesorar a los suscriptores o usuarios que deseen interponerlos, siempre que lo soliciten personalmente (arts. 154, 157 y 159, ley 142/94).

Como salvaguarda frente al eventual mutismo de las empresas la ley de servicios estableció el silencio administrativo positivo a través de su artículo 158, el cual fue subrogado por el artículo 123 del decreto 2150 de 1995, obteniéndose al efecto una dimensión mucho más comprensiva del texto primigenio. De suerte que a partir de este decreto toda entidad o persona vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, prestadora de los servicios públicos de que trata la ley 142 de 1994, tiene el deber de resolver las peticiones, quejas y recursos que presenten los suscriptores o usuarios en desarrollo de la ejecución del contrato de condiciones uniformes, dentro de un término de 15 días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación, so pena de entenderse que la petición, queja o recurso ha sido resuelto en forma favorable. En tal evento la entidad prestadora del servicio público deberá reconocer los efectos de dicho silencio administrativo dentro de las 72 horas siguientes al vencimiento del término de los 15 días, y en su defecto la Superintendencia de Servicios Públicos.

De otro lado, con el fin de simplificar el lenguaje gubernativo se dispuso a través del parágrafo del artículo 123 del decreto 2150 de 1995 que la expresión genérica “petición”, comprende las peticiones en interés particular, así como las quejas y los recursos que presente un suscriptor o usuario.

A manera de conclusión puede afirmarse entonces que las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su condición estatal o privada, gozan de un conglomerado de derechos, poderes y prerrogativas de autoridad pública que las habilitan para cumplir funciones administrativas que van desde la resolución de peticiones, quejas y reclamos hasta la decisión del recurso de reposición, ofreciéndose como en una balanza el acervo de facultades de autoridad pública y el control de autotutela que se ve complementado con la revisión superior encomendada a la Superintendencia de Servicios Públicos para la culminación de la vía gubernativa”.

En lo tocante al pago (de las sumas no discutidas) que debe hacer el suscriptor, suscriptora, usuaria o usuario para recurrir, al examinar el artículo 155 de la Ley 142 de 1994 dijo la Corte en la prenotada sentencia:

“Para una mejor inteligencia de este artículo conviene observar de entrada que con arreglo a la ley de servicios la factura ostenta una condición compleja que

abarca las calidades de cuenta de cobro, título ejecutivo y acto administrativo, tal como lo dan a entender los artículos 14.9, 130 y 154 de la ley. Condición jurídico-económica de suyo vinculada al servicio recibido por el usuario bajo los auspicios de su derecho a la medición de los consumos reales, que a su turno le permite a la ley establecer una regla general, cual es la de que ninguna empresa o entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios puede exigirle al suscriptor o usuario como requisito para reclamar y recurrir, el previo pago de la factura.

Vale decir, cuando quiera que el suscriptor o usuario pretenda reclamar contra el contenido de una factura, y llegado el caso recurrir la decisión por resultarle desfavorable, podrá hacerlo sin que sea necesario cumplir con requisito pecuniario alguno. Además, según voces del prenotado artículo, la empresa o entidad no podrá suspender, terminar o cortar el servicio hasta tanto haya notificado al interesado la decisión sobre los recursos interpuestos oportunamente. Empero, durante el interregno gubernativo la prestación del servicio podrá suspenderse cuando la empresa o entidad deba hacer reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y racionamientos por fuerza mayor, siempre que de ello se de aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios. Igualmente, la empresa o entidad podrá suspender el servicio con el fin de evitar perjuicios que se deriven de la inestabilidad del inmueble o del terreno, siempre que se haya empleado toda la diligencia posible, dentro de las circunstancias, para que el suscriptor o usuario pueda hacer valer sus derechos, so pena de incurrir en responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados a los usuarios, y sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar en relación con los administradores, empleados, funcionarios y contratistas (arts. 11.9, 139, num. 1 y 2, ley 142/94).

Ahora bien, el artículo 155 autoriza también la suspensión por otros motivos, siempre que la misma no constituya falla del servicio, toda vez que ante la ocurrencia de ésta el suscriptor o usuario tiene derecho a la resolución del contrato, o a su cumplimiento con las reparaciones previstas en el artículo 137, numerales 1, 2 y 3 de la ley 142. Siendo importante resaltar a estos efectos la titularidad que tiene tanto el suscriptor como el usuario para solicitar la resolución del contrato, pues como bien se desprende del primer inciso del artículo 130 de la ley de servicios, en el contrato de condiciones uniformes son partes la empresa de servicios públicos y el usuario, extremo éste que a su vez engloba al suscriptor y al propietario para identificarlos como sujetos solidarios respecto de los derechos y obligaciones que emanan del contrato. Desde luego que en un espectro mucho más amplio la categoría de usuario incorpora al poseedor, al usufructuario y al nudo propietario, en la medida en que cada uno de ellos obtiene un beneficio particular, ya como servicio directo, ora en términos de cualificación económica y habitacional del inmueble afecto al servicio.

Así, pues, según se puede concluir de lo anotado, el artículo 155 inscribe una regla general que autoriza al usuario inconforme con un acto de facturación para que formule los reclamos que estime convenientes a sus intereses, e interponga los recursos tendientes a obtener la prosperidad de sus pretensiones, sin que por otra parte tenga que pagar suma alguna para ser oído en vía gubernativa. Regla que palmariamente se erige idónea para la viabilidad de los casos en que el usuario se encuentre en total desacuerdo con el respectivo acto de facturación. Lo cual resulta lógico y garantizador tanto del derecho de petición como del derecho de contradicción que finalmente permite acceder a la senda judicial, toda vez que una preceptiva contraria haría nugatorios tales derechos para las mayorías menesterosas, con el subsiguiente desmedro del derecho a la igualdad que bajo las circunstancias vistas no admite condicionamiento económico alguno. Por lo demás, la posición dominante que exhiben y aprovechan las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios debe encontrar un contrapeso jurídico- económico en el ejercicio del derecho de contradicción predicable del suscriptor o usuario.

Ahora bien, poniendo de manifiesto el carácter consecuente de su estructura preceptiva, el artículo 155 de la ley 142 de 1994 culmina sus dictados jurídicos reconociendo la contrapartida jurídica y obvia que debe militar en pro del suscriptor o usuario parcialmente inconforme y de la viabilidad empresarial del agente prestador del servicio. Esa contrapartida jurídica corresponde precisamente al inciso demandado en acción de inconstitucionalidad, y que al tenor de su texto reza:

“Sin embargo, para recurrir el suscriptor o usuario deberá acreditar el pago de las sumas que no han sido objeto de recurso, o del promedio del consumo de los últimos cinco períodos”.

Desde luego que si el suscriptor o usuario aceptó deber una parte de las sumas liquidadas en la factura, lo lógico y jurídico es que las pague, para luego sí acceder al recurso o recursos correspondientes. Pues no se ve razón válida ni suficiente para que un suscriptor o usuario que dice deber parcialmente una factura, pretenda luego desatender el pago de los servicios que él reconoce hacer recibido, so pretexto de hallarse en trance de impugnación, ya que tal conducta no consulta las premisas del artículo 155 de la ley de servicios, ni le hace honor a la posición que desde un principio él asumió libremente frente a las sumas facturadas.

Yendo más al fondo de las cosas debe estimarse también el hecho de que la aceptación parcial de determinados valores por parte del suscriptor o usuario

tiene una génesis contractual que habilita a la empresa para exigirle el pago oportuno de los bienes y servicios suministrados y no discutidos, pues no otra cosa se infiere del artículo 128 de la ley de servicios que al definir el contrato de condiciones uniformes prevé a cargo del usuario la obligación de pagar un precio en dinero por el servicio recibido. Lo que por otra parte no obsta para que en los eventos de gran iliquidez del suscriptor o usuario pueda acudir al expediente de la dación en pago. En todo caso, propio es advertir que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 367 del Estatuto Supremo la prestación de los servicios públicos domiciliarios no puede tener un carácter gratuito, por el contrario, su naturaleza onerosa es inherente a la relación contractual en la perspectiva de alcanzar, preservar y mejorar para la comunidad tanto la cobertura como la calidad del servicio, lo cual no se consigue prohiendo la desobediencia civil frente a las deudas por bienes y servicios efectivamente recibidos, amén del enriquecimiento sin causa que a favor de algunos podría presentarse ocasionalmente.

En este contexto, con relación al segundo inciso del artículo 155 de la Ley 142 de 1994, esto es, en tanto dispone: “Sin embargo, para recurrir el suscriptor o usuario deberá acreditar el pago de las sumas que no han sido objeto de recurso, o del promedio del consumo de los últimos cinco períodos”. La Corte expresó en la misma sentencia:

“Tal como quedó reseñado, de acuerdo con la regla general establecida en el primer inciso del artículo 155 de la ley de servicios: “Ninguna Empresa de Servicios Públicos podrá exigir la cancelación de la factura como requisito para atender un recurso relacionado con ésta”.

Pues bien, de cara al inciso demandado ¿qué ocurre entonces cuando la materia en discusión está constituida precisamente por el promedio del consumo de los últimos cinco períodos?

Naturalmente, en dicha hipótesis, dados los presupuestos del artículo 155 el suscriptor o usuario no está obligado a pagar previamente el monto correspondiente a tal promedio. Lo cual es así por cuanto la regla general establecida en el primer inciso del artículo 155 debe desarrollarse con arreglo a su contenido esencial, que ante todo pregona la improcedencia del pago previo de las sumas discutidas, sea cual fuere la forma que éstas asuman. Imperativo que por tanto opera sobre la hipótesis planteada sin que para nada importe la ubicación gramático-espacial del segmento normativo que la contiene, destacándose al punto la prevalencia que el contenido ostenta sobre la forma dentro de una aplicación consecuente del artículo 155. De no ser así, claro es que una interpretación meramente literal

del inciso demandado, aparte la irracional ruptura conceptual que provocaría, pondría a la ley en el terreno de su propia burla.

Pero esta conclusión nos convoca hacia otra pregunta: ¿cuándo entonces debe el suscriptor o usuario pagar previamente el promedio del consumo de los últimos cinco períodos?

Con arreglo a los presupuestos del artículo 155 de la ley de servicios: únicamente en aquellos casos en que ese promedio corresponda a sumas no discutidas por el suscriptor o usuario.

De acuerdo con todo lo anterior fuerza reconocer que la expresión “del promedio del consumo de los últimos cinco períodos” presenta la siguiente fisonomía en su realización jurídica: cuando el suscriptor o usuario alega no deber dicho promedio puede reclamar y recurrir sin pagar previamente; en el caso opuesto, cuando el suscriptor o usuario reconoce a su cargo el monto de tal promedio, debe pagarlo dentro de la oportunidad legal. De lo cual se sigue, lógicamente, que en uno y otro casos la expresión en comento pende fundamentalmente del primer inciso del artículo 155 de la ley de servicios, toda vez que en el primer evento (en razón de la discusión) se da una aplicación directa del inciso, al paso que en el segundo evento (en razón de la conformidad del usuario) tiene también lugar una aplicación del mismo inciso, aunque por su cara opuesta. A cuyos fines concurre armónicamente el segundo inciso del mismo artículo, bajo el entendido de que el promedio del consumo de los últimos cinco períodos corresponda a valores no cuestionados por el suscriptor o usuario.

Concluyó la Corte declarando la exequibilidad condicionada del segmento relativo al pago de los promedios, así:

“Primero. Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 155 de la ley 142 de 1994, que reza:

“Sin embargo, para recurrir el suscriptor o usuario deberá acreditar el pago de las sumas que no han sido objeto de recurso, o del promedio del consumo de los últimos cinco períodos”.

La exequibilidad de este precepto se declara en el entendido de que las sumas en discusión no correspondan precisamente al promedio del consumo de los últimos cinco períodos”.

Finalmente debe registrarse que, en cuanto acto administrativo, la factura por concepto de servicios públicos domiciliarios es susceptible del recurso de revocatoria directa con arraigo en los artículos 69 a 74 del CCA, con la obvia consecuencia de que la resolución que la empresa o entidad adopte no le permite al interesado agotar la vía gubernativa, y mucho menos, acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Por lo tanto, en el evento de que el suscriptor, suscriptora, usuaria o usuario llegue a presentar demanda ante el contencioso administrativo sin el previo agotamiento de la vía gubernativa, el juez, jueza, magistrada o magistrado ponente dictará auto inadmisorio; y ante la ausencia de corrección de la demanda, sólo procederá su rechazo. Ahora bien, en la misma hipótesis de falta de agotamiento de la vía gubernativa, podría ocurrir que por una inadvertencia del juez, jueza, magistrada o magistrado ponente se admitiera la demanda; sin embargo, tal falencia sería advertida al momento de decidir el proceso, por lo cual, ante el incumplimiento de tan importante presupuesto procesal sólo cabría una sentencia inhibitoria. Vale decir, en los supuestos planteados la tentativa de acceder al contencioso resultaría inane.

AUTOEVALUACIÓN EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Ae

Frente a cada uno de los siguientes casos, sírvase responder las cuestiones correspondientes:

1) *Un usuario recibe una factura por concepto de energía eléctrica, cuyo valor excede en un 50% el monto de lo que él paga mensualmente. En razón de las fuertes lluvias, el medidor del consumo sufrió una alteración sin que el usuario lo notara. Él presenta el correspondiente reclamo dentro de la oportunidad legal; a través de resolución la empresa de servicios le contesta negativamente, indicándole que para reclamar debe pagar previamente el total de la factura; frente a lo cual el usuario interpone los recursos de reposición y apelación. Ambos recursos son resueltos mediante Actos Administrativos confirmatorios de todo lo actuado. ¿Qué puede hacer a continuación el usuario en procura de sus derechos?*

2) *El arrendador de un inmueble recibe una comunicación de la empresa de acueducto, en el sentido de que su arrendatario tiene una mora de cuatro (4) facturas, sin que al respecto la empresa le haya suspendido el servicio. El arrendador presenta su reclamo aduciendo que él denunció oportuna y legalmente ante la empresa el contrato de arrendamiento, por lo cual no habría solidaridad frente a la obligación de pagar los*

Ae

valores insolutos; y que en el evento de existir tal solidaridad, la misma ya habría terminado en razón de que la empresa no suspendió el servicio dentro del término fijado en la preceptiva rectora de los servicios públicos domiciliarios. A través de resolución, la empresa de servicios le contesta negativamente, pero la notificación se produce en forma extemporánea (se configura silencio administrativo positivo), frente a lo cual el usuario interpone los recursos de reposición y apelación. Ambos recursos son resueltos mediante Actos Administrativos denegatorios de lo impetrado por el interesado. ¿Qué actuación puede surtir el arrendatario en pro de sus derechos?

3) Una empresa de servicios públicos domiciliarios se niega a tramitarle a un usuario la queja que él presentó contra una factura relativa a los servicios de acueducto y alcantarillado. Al respecto la empresa aduce que para poder impugnar la factura, el interesado debe demostrar la calidad de dueño del inmueble y otorgar una póliza a favor de la empresa. ¿Qué puede hacer el usuario y ante qué autoridades? ¿Cabe la acción de tutela? ¿En defensa de cuál derecho fundamental?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, relativos a los servicios públicos domiciliarios, sírvase responder las siguientes preguntas:

- 1) ¿Qué ventajas le ofrece al suscriptor o usuario el hecho de que la factura de servicios públicos domiciliarios sea un Acto Administrativo?
- 2) ¿Una empresa de servicios públicos domiciliarios debe reconocerle el silencio administrativo positivo a un suscriptor que incurrió en ocultas maniobras fraudulentas para que tal silencio se configurara?
- 3) En relación con una factura, el suscriptor o suscriptora, usuario o usuaria interpone legal y oportunamente los recursos de reposición y apelación ante una empresa de servicios públicos domiciliarios, pero ésta se niega a tramitarlos, ¿cabría la acción de tutela y en protección de cuál derecho fundamental?

Compare sus respuestas con el texto y el material de apoyo del módulo, formule conclusiones en torno a la calidad de sus planteamientos.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A_j

Examine las sentencias que se presentan a continuación; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte o del Consejo de Estado y la decisión tomada. Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Señale en ellos si existen puntos de coincidencia o divergencia, concretando los puntos en que se presentan.

Sentencias de la Corte Constitucional: C-263 de 1996, C-493 de 1997, C-451 de 1999, C-663 de 2000, C-1162 de 2000, C-1371 de 2000, C-558 de 2001, T-1016 de 1999, T-1432 de 2000 y T-953 de 2002.

Sentencia del Consejo de Estado: Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 1999, exp. No. 15.685, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

B_s

-DURANGO ROLDÁN, Luis Fernando. El Contrato de Condiciones Uniformes de Servicios Públicos Domiciliarios. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2005. En esta obra el autor diserta sobre los aspectos más relevantes del contrato de condiciones uniformes, del derecho de petición, de la factura y de la vía gubernativa en sede empresarial. Propone al efecto algunos modelos para la actuación del suscriptor o usuario.

-MOLINA TORRES, José Antonio. Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá: 2001, segunda edición. En esta obra el autor ilustra ampliamente sobre la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios, su régimen jurídico y el control que la Superintendencia de Servicios Públicos y la sociedad ejercen sobre su gestión. Se destaca en la obra el sentido social con que se aborda el tema de los servicios públicos domiciliarios.

-PALACIOS MEJÍA, Hugo. El derecho de los servicios públicos. Bogotá: Derecho Vigente S.A., 1999. En esta obra el autor realiza importantes planteamientos sobre la noción de servicio público que contiene la Carta Política, al igual que sobre el sentido y alcance de la función administrativa tanto en cabeza de las servidoras y los servidores públicos como de los particulares.

5.2. EN DERECHO TRIBUTARIO

5.2.1 MARCO CONSTITUCIONAL

El principio de igualdad frente a las cargas públicas y el valor fundante de la solidaridad de las personas que habitan en el país, encuentran especial expresión en el artículo 95-9 de la Constitución Política, conforme al cual es deber de la persona y del ciudadano o ciudadana: “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”.³⁸ A esta preceptiva concurren también los artículos 90 y 363 ibídem. El primero de ellos, relativo al desequilibrio que se pueda llegar a presentar en torno a las cargas públicas, prescribe: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. El artículo 363 superior, concerniente a las directrices que debe tener el legislador primario o derivado,³⁹ dispone: “El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”.⁴⁰

Con estos referentes y demás parámetros⁴¹ que establece la Constitución, le compete al Congreso de la República, y en casos excepcionales al Presidente de la República, expedir las normas con fuerza material de ley sobre impuestos nacionales, sin perjuicio de la facultad reglamentaria que por principio general obra en cabeza del Presidente de la República.

Así, con arraigo en el artículo 189-20 constitucional, le corresponde al Presidente: “Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes”. En este sentido, a partir de la Ley 75 de 1986 la recepción de las declaraciones privadas sobre impuestos nacionales y el pago de los mismos reside en la red bancaria, al paso que la administración de tales tributos le compete a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. La inversión la ejecuta el Presidente, y en su caso sus agentes, de acuerdo con la respectiva ley anual de presupuesto y el decreto de liquidación. Y todo, en aras del cumplimiento de las tareas públicas, que de

38 Sentencia T-530 de 1992 de la Corte Constitucional.

39 Desde luego que el mandato del artículo 363 de la Constitución, también gobierna las facultades impositivas que tienen las asambleas y concejos en el plano territorial, en desarrollo del principio de autonomía fiscal que le dispensan los artículos 1, 287, 300, 313 y 338 ejúsdem.

40 Sentencia C-1376 de 2000 de la Corte Constitucional.

41 Dentro de las demás directrices que orientan las competencias tributarias, aparecen, entre otras: el respeto y acatamiento de los derechos fundamentales, al igual que el cumplimiento de lo previsto en los artículos 150-10, 215, 294, 317, 338 y 359 de la Carta Política.

suyo incorporan el sentido de justicia y equidad que reclama la comunidad en el ámbito del derecho tributario.

Por su parte el artículo 338 de la Carta Política incorpora los principios de la legalidad y de la certeza del tributo, al disponer que: “En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos”. Prescripción que a su vez se halla en consonancia con el artículo 363 *ibídem*, el cual estipula que: “El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad”.

En esta perspectiva, por regla general los tributos del orden nacional sólo pueden ser creados, modificados o derogados por el Congreso. Con el agregado de que éste no puede concederle facultades extraordinarias al Presidente para tales efectos, según lo prevé el artículo 150-10 superior. Cosa distinta es que con apoyo en el artículo 215 constitucional, es decir, en estado de emergencia económica, social o ecológica, el Presidente pueda de manera transitoria establecer nuevos tributos o modificar los existentes. Lo cual se explica en el hecho de que la preceptiva constitucional sobre estados de excepción determina que en las respectivas hipótesis el Presidente debe tomar todas las medidas que sean necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

En este contexto jurídico se debe entender comprendido el principio de la legalidad del tributo nacional, de suerte que, en sentido material, este principio se desarrolla al tenor de la expresión que enseña que: “No hay tributo sin ley previa que lo establezca”.

Mutatis mutandis, en la esfera territorial opera este mismo principio en cabeza de las asambleas y concejos, con el ingrediente de que frente a los gobernadores y alcaldes las asambleas y concejos no tienen prohibición constitucional para otorgarles facultades extraordinarias en materia tributaria (arts. 300-9 y 313-3 CP).

El principio de la certeza del tributo se explica como el deber que tiene el Estado de darle a conocer al sujeto pasivo, de manera precisa, todos los aspectos específicos de la obligación tributaria que pesa sobre él, incluidos los trámites administrativos y pecuniarios para su cumplimiento. De allí que toda indeterminación relevante en el diseño y concreción de la obligación tributaria deviene en inconstitucionalidad de la ley o en nulidad de las ordenanzas o

acuerdos.⁴² Además, es de observar que este principio reviste especial complejidad en el plano de los tributos territoriales, habida consideración de la competencia que tiene el Congreso para crearlos o para autorizar su creación, según términos de los artículos 300-4 y 313-4 de la Carta Fundamental. Así por ejemplo, cuando el Congreso autoriza a las asambleas o concejos para crear un tributo territorial, debe limitarse a establecer los parámetros básicos del respectivo tributo sin invadir el radio de acción de estos entes administrativos, es decir, sin quebrantar el principio de autonomía fiscal que les dispensan las normas constitucionales a los departamentos, distritos y municipios (arts. 1, 287, 294, 317 y 338 CP). Le corresponde entonces al Congreso hallar el meridiano constitucional que le permita legislar en el campo de los tributos territoriales, con un certeza que ilustre claramente al sujeto pasivo de la obligación fiscal, al propio tiempo que contribuya al desarrollo de los mandatos superiores que protegen y garantizan la autonomía de las entidades territoriales.

Con fundamento en los mandatos constitucionales comentados, conviene ahora destacar tanto la definición de obligación tributaria como la arquitectura de los elementos que la integran. En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia -constitucional y legal- y la doctrina, se encuentra que:

La OBLIGACIÓN TRIBUTARIA es un vínculo jurídico entre el Estado y las personas, en virtud del cual éstas tienen para con él que cumplir una prestación que se desdobra en dar, hacer o no hacer. De esta definición surgen los siguientes elementos:

SUJETO ACTIVO: comprende a las autoridades competentes para la creación y administración del tributo⁴³. Así, en la órbita nacional, desde el punto de vista de la creación el sujeto activo es el Congreso de la República, y para los precisos fines de los estados de excepción: el Presidente.⁴⁴ En lo concerniente a la administración de los impuestos nacionales, el sujeto activo es la DIAN, según el desarrollo histórico observado a partir de la Ley 75 de 1986, del Decreto 2117 de 1992 y demás normas complementarias.

Dentro del escenario territorial, en la perspectiva de la creación se erigen como sujeto activo las asambleas y concejos, y por delegación de estos entes,

⁴² Asimismo, la indeterminación tributaria atenta contra la eficiencia esperada de las leyes, ordenanzas y acuerdos de corte impositivo.

⁴³ Aunque en un espectro más amplio se debe incluir el recaudo y la ejecución del tributo, por razones metodológicas se omite la alusión a estas dos actividades.

⁴⁴ Sin perjuicio de las facultades legislativas del Congreso, según lo estipulado en el sexto inciso del artículo 215 de la Constitución.

los gobernadores y alcaldes. En el campo de la administración de los tributos territoriales el sujeto activo lo constituyen las secretarías de hacienda de los departamentos, distritos y municipios.

SUJETO PASIVO: está integrado por los contribuyentes y los no contribuyentes, dado que la obligación fiscal no se reduce al pago efectivo del tributo liquidado; o lo que es igual, el sujeto pasivo no es sólo aquel que debe pagar determinado impuesto, tasa o contribución. En este sentido, a más de los contribuyentes y no contribuyentes, son sujetos pasivos de la obligación tributaria los responsables del impuesto sobre las ventas y los agentes retenedores. La naturaleza jurídica del sujeto pasivo se ilustra mejor al examinar el tercer elemento de la obligación tributaria, a saber:

OBJETO: el cual se contrae a DAR, HACER y NO HACER. Dar, significa la obligación de pagar el tributo que recae en cabeza del contribuyente; hacer, implica una conducta activa: el deber que tienen todas las personas de informarle a la Administración Tributaria sobre todos los temas⁴⁵ que esta requiera para el cabal desarrollo de sus tareas. Igualmente comprende las obligaciones de inscribirse en los registros tributarios (vg. RUT), declarar, retener en la fuente en los casos de ley, certificar lo retenido y consignar los valores correspondientes, etc. No hacer, comporta una abstención: no evadir y no eludir el tributo. Para explicar adecuadamente los conceptos de evasión y elusión, debe precisarse primero lo atinente al cuarto elemento de la obligación fiscal, tal como pasa a verse.

Por consiguiente, toda persona natural o jurídica, en la medida en que se enmarque dentro de alguna de las expresiones del OBJETO –dar, hacer o no hacer– se considera sujeto pasivo. También debe advertirse que sólo pueden considerarse no contribuyentes aquellas personas que las normas rectoras señalen de manera taxativa e inequívoca. El carácter de no contribuyente no se adquiere por analogía, por extensión, ni de manera implícita. En otros términos, como por regla general todas las personas son contribuyentes, la calidad de no contribuyente sólo se alcanza por mandato de la ley, de la ordenanza o del acuerdo.

CAUSA: en el ámbito tributario la causa es doble, esto es: remota e inmediata. La causa remota es la ley, ya que no puede existir un tributo nacional sin ley previa que lo establezca; y en las hipótesis territoriales, no puede haber un tributo sin ley y ordenanza, o sin ley y acuerdo, que lo establezcan. La causa inmediata está constituida por el hecho económico, también conocido como

⁴⁵ La Administración Tributaria, al recabar información de o sobre las personas, o practicar visitas de verificación, debe respetar y acatar el derecho fundamental a la intimidad, tal como lo ordena el artículo 15 superior.

hecho generador o como hecho imponible; es decir, es el fenómeno económico que al subsumirse en los presupuestos normativos causa el impuesto, la tasa o la contribución. Por vía de ejemplo obran como hechos generadores la compra venta de mercancías, la permuta, la venta de un inmueble, el salario de ciertos empleados o empleadas, las ganancias ocasionales, etc.

Con base en lo expuesto podemos dilucidar los significados de evasión y elusión, así: en la evasión el hecho económico existe. Lo que ocurre es que el sujeto pasivo no lo declara, o lo declara de manera incompleta, oculta ingresos, incluye gastos, costos, exenciones o descuentos no autorizados por la preceptiva rectora; o simplemente, declara y no paga. Y todo, en detrimento del erario público. En la elusión el hecho generador estaba llamado a existir, pero merced a la acción del sujeto pasivo –solo o en concierto con otra persona- tal hecho generador se evita, se aniquila en la cuna, no se le permite nacer. Tal ocurre, por ejemplo, cuando dos eventuales contratantes acuerdan fraccionar un contrato escrito cuyo monto total sería susceptible del impuesto de timbre. En ese caso, como consecuencia de la fragmentación del contrato el impuesto de timbre no se causa, y claro, con defraudación del erario público.

Como se ve, el criterio relevante para diferenciar la evasión de la elusión reside en la presencia del hecho generador, de suerte que en la EVASIÓN tal hecho existe, al paso que en la ELUSIÓN no, aunque en este caso, por la conducta infractora del sujeto pasivo. Desde luego que tanto la evasión como la elusión constituyen conductas sancionables en la arena fiscal.

Sobre la naturaleza jurídica de la obligación tributaria ha expresado la Corte Constitucional:

“La doctrina y la jurisprudencia hacen consenso al definir la obligación tributaria como un vínculo jurídico entre el Estado y las personas, en virtud del cual éstas tienen para con el mismo el cumplimiento de una prestación que se desdobra en dar, hacer y no hacer. Concepción que a su vez se erige al amparo de los siguientes elementos integrantes: 1) el sujeto activo o acreedor, que es el Estado, el cual se concreta y particulariza a través de los correspondientes órganos y dependencias del orden nacional y territorial. 2) el sujeto pasivo o deudor, constituido por los contribuyentes y los no contribuyentes, sean personas naturales, jurídicas, sociedades, o asimiladas. 3) el objeto u obligación que consiste en dar, hacer y no hacer. Es decir, dar: en cuanto el sujeto pasivo tiene que pagar el valor del impuesto a cargo en efectivo, con títulos valores u otros medios económicamente idóneos; hacer: que se traduce en una serie de actos positivos, tales como declarar, retener en la fuente, certificar esa retención,

e informar en los casos y condiciones que la Administración Tributaria lo exija con arreglo a la Constitución y la ley. Conductas que por otra parte explican el hecho de que los no contribuyentes sean considerados sujetos pasivos de la obligación fiscal, pues según se aprecia, el carácter de sujeto pasivo no es exclusivo de quienes están obligados a pagar. Antes bien, el simple llamado o invitación a un no contribuyente para que rinda legalmente cierta información ante la Administración Tributaria, lo hace sin más sujeto pasivo de la obligación tributaria; no hacer, que implica una abstención, entendida ésta como la prohibición legal de evadir o eludir el tributo. 4) la causa, que es de dos naturalezas, a saber: causa remota, o sea la ley misma, por cuanto no puede haber tributo sin ley previa que lo establezca; causa inmediata, o sea el hecho económico, también conocido como hecho generador o hecho imponible. El cual constituye la materia prima de la base gravable obtenida a través del procedimiento denominado depuración de la renta. Base que por ende soporta la aplicación de la tarifa correspondiente, a fin de establecer el monto impositivo a cargo del sujeto pasivo”.⁴⁶

En el ámbito del impuesto sobre la renta y complementarios, en cuanto al sujeto activo y al sujeto pasivo de la obligación impositiva conviene agregar:

3.1. Dentro de un espectro más amplio el sujeto activo comporta una configuración compleja que abarca la creación del tributo, su administración, recaudo y ejecución presupuestal en términos de gasto. Teniéndose al respecto: i) el Congreso, las asambleas y concejos son competentes para imponer tributos en tiempos de paz, sin perjuicio de la potestad presidencial para establecer nuevos tributos o modificar los existentes en los estados de excepción; ii) la administración de los tributos de los diferentes órdenes reside particularmente en la DIAN, en las secretarías de hacienda territoriales y en las demás entidades o dependencias que determine la ley y el reglamento, concentrándose su función –por regla general- en las labores de fiscalización, determinación, discusión, cobro, devolución y contabilización de las respectivas exacciones; iii) el recaudo, que hoy le compete a la red bancaria⁴⁷ en lo relativo a los impuestos administrados por la DIAN, advirtiendo que en el plano territorial este proceder ha venido ganando amplio arraigo institucional; iv) previo el ejercicio de unidad de caja,⁴⁸ y una vez situados los recursos en las diferentes

⁴⁶ Sentencia C-711 de 2001

⁴⁷ En desarrollo de la ley 75 de 1986 se desmontaron las recaudaciones de impuestos nacionales, asumiendo en su lugar la red bancaria esa función recaudadora que otrora fuera tan cuestionada por razones de transparencia y de manejo técnico.

⁴⁸ Con arreglo al artículo 16 del decreto 111 de 1996, el principio de unidad de caja implica que todas las rentas y recursos aforados deben ingresar primeramente a un acervo común, para luego sí, con base en el programa anual

entidades del Estado, los respectivos ordenadores del gasto proceden a ejecutar presupuestal y monetariamente las partidas apropiadas.

3.2. El sujeto pasivo, según se ha visto, comprende a los contribuyentes y a los no contribuyentes bajo la siguiente inteligencia: por regla general todas las personas son contribuyentes, siendo claro que únicamente accederán a la condición de no contribuyentes aquellos que se puedan subsumir en las taxativas hipótesis previstas en la ley, la ordenanza o el acuerdo. Vale decir, el carácter de no contribuyente jamás se puede alcanzar de manera implícita, tácita, ni analógica, pues según se observa, tal calidad es de naturaleza expresa taxativa y restringida. De lo cual se sigue también que, siempre que la norma no excluya o exima a una persona o a un hecho económico⁴⁹ respecto de determinado tributo, tal persona y tal hecho económico estarán necesaria y fatalmente sujetos a la imposición que estipule la preceptiva tributaria. En este sentido resulta ilustrativo traer a colación los artículos 22 y 23 del Estatuto Tributario, contentivos de sendas relaciones de no contribuyentes en relación con el impuesto sobre la renta y complementarios. Al igual que los artículos 206 a 230 *ibídem* sobre rentas exentas del mismo impuesto.

En esta perspectiva los contribuyentes tienen a su cargo la obligación de dar, hacer y no hacer, al paso que los no contribuyentes sólo deben soportar la obligación de hacer y no hacer, la cual se traduce en una serie de actos positivos, tales como retener en la fuente, declarar y consignar lo retenido, certificar esa retención, e informar sobre lo que la Administración Tributaria les exija con arreglo a la Constitución, la ley y el reglamento. Y por supuesto, como acto negativo, los no contribuyentes deben abstenerse de propiciar, colaborar o de cualquier modo servir a los intereses de la elusión o la evasión de terceros.

Quedando claro entonces que el género sujeto pasivo cobija a las especies contribuyente y no contribuyente, pues, se reitera, la condición de sujeto pasivo no es exclusiva de quienes están obligados a pagar el tributo. Tipología fiscal ésta que se acompasa cabalmente con el mandato del artículo 95-9 superior, conforme al cual la cobertura contributiva incorpora tanto a quienes deben pagar efectivamente el tributo, como a todos aquellos que tengan el deber jurídico de colaborar –activa o negativamente– en la correcta realización del ingreso, en

mensualizado de caja de cada organismo, dar paso a la situación de recursos que habrán de ejecutar los ordenadores del gasto.

49 La exclusión o la exención de la persona respecto del tributo tienen como ámbito clásico el del impuesto sobre la renta y complementarios; a tiempo que la exclusión o la exención tributarias del hecho económico discurren con especial énfasis en la esfera del impuesto sobre las ventas. Poniéndose de relieve a la vez el carácter directo del primer tributo y el carácter indirecto del segundo.

su recaudo y en su administración.⁵⁰ En este sentido los agentes de retención, independientemente de su condición de contribuyentes o no contribuyentes, están llamados a prestar un eficaz concurso a la Administración Tributaria, al Estado y a la sociedad misma en procura del financiamiento de los gastos e inversiones presupuestados anualmente, y por tanto, de la oportuna realización de las tareas públicas”.⁵¹

5.2.2. MARCO LEGAL

La legislación en materia de impuestos nacionales se halla en el Estatuto Tributario y demás disposiciones que lo modifican, adicionan o complementan.

En esta esfera, el artículo 683 del Estatuto Tributario dispone:

“Espíritu de justicia. Los funcionarios públicos, con atribuciones y deberes que cumplir en relación con la liquidación y recaudo de los impuestos nacionales, deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos, que la aplicación recta de las leyes deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación”.

5.2.3 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA DETERMINACIÓN DEL IMPUESTO Y LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES

El Estatuto Tributario, en su Libro Quinto, Título IV, artículos 683 a 741, establece el procedimiento a seguir para la determinación del impuesto y la imposición de sanciones. Los Artículos 702 a 714 prescriben las reglas atinentes a la expedición de la liquidación oficial de revisión y a la firmeza de la liquidación privada, procedimiento que por ser suficientemente ilustrativo se expone a continuación.

Considerando que la DIAN tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales, merced a la ejecución de los respectivos programas la unidad de

50 Sin desconocer las cargas, deberes y obligaciones que le atañen a los contribuyentes, es de resaltar el importante papel que juegan los no contribuyentes en la realización del ingreso que contempla el artículo 27 y siguientes del Estatuto Tributario, en la recaudación en tanto agentes de retención en la fuente, y en la administración frente a su obligación de declarar, certificar lo retenido e informar adicionalmente sobre todos aquellos aspectos que la Administración Tributaria requiera con apoyo en la Constitución, la ley y el reglamento.

51 Sentencia C-009 de 2003 de la Corte Constitucional.

fiscalización puede localizar e identificar a los sujetos pasivos⁵² de la obligación tributaria, que si bien han presentado su liquidación privada, de otra parte muestran inconsistencias en su información.

Según el Consejo de Estado: “La actuación fiscal tendiente a la determinación del gravamen a través de la revisión, empieza no en el momento en que la Administración inicia su actividad fiscalizadora, sino con la presentación de la declaración tributaria si es extemporánea o del vencimiento del plazo si es oportuna”.⁵³ Así, una vez identificado el sujeto pasivo, y con apoyo en las inconsistencias observadas en su liquidación privada, la unidad de fiscalización procederá a expedir un requerimiento especial⁵⁴ que será notificado al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por una sola vez, dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar. Cuando la declaración inicial se haya presentado en forma extemporánea, los dos años se contarán a partir de la fecha de presentación de la misma. Igualmente, cuando la declaración tributaria presente un saldo a favor del contribuyente o responsable, los dos años se contarán a partir de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación. Ahora bien, el término para notificar el requerimiento en ventas y retención en la fuente será el mismo que corresponda a la declaración de renta respecto de aquellos períodos que coincidan con el correspondiente año gravable. En todo caso, el requerimiento debe contener todos los puntos que la DIAN se proponga modificar, con explicación de las razones en que se sustenta, a cuyos fines un mismo requerimiento podrá referirse tanto a modificaciones del impuesto de renta como del impuesto de ventas.

El término para notificar el requerimiento especial se puede suspender con arreglo a las siguientes causales: (i) cuando se practique inspección tributaria de oficio, por el término de tres meses; (ii) cuando se practique inspección tributaria a solicitud del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, mientras dure la inspección; (iii) durante el mes siguiente a la notificación del emplazamiento para corregir.

⁵² La expresión sujetos pasivos comprende a los contribuyentes y a los no contribuyentes, según lo enseña la sentencia C-009 de 2003 de la Corte Constitucional.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 2 de noviembre de 2001, exp. 1994-8973-01 (12370), M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié. Del mismo Magistrado véase también la sentencia de marzo 6 de 2003, exp. 2000-2934-01 (13027).

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 12 de julio de 2002, exp. 1993-9477-01 (12637), MP. Germán Ayala Mantilla.

Dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de notificación del requerimiento especial, el sujeto pasivo de la obligación tributaria debe contestar. Al efecto, él debe ejercer su derecho de defensa formulando todas las objeciones y argumentos que estime pertinentes, en cuyo abono podrá aportar y/o solicitar la práctica de las pruebas correspondientes. En este sentido el requerido puede: objetar conceptos y cantidades, solicitar pruebas, subsanar las omisiones que permita la ley, solicitar a la Administración se alleguen al expediente documentos que reposen en sus archivos y la práctica de inspecciones tributarias. Siempre que las pruebas solicitadas sean conducentes, la Administración Tributaria debe decretarlas, practicarlas y valorarlas razonadamente. Dentro del mismo término de los tres (3) meses, el jefe de la unidad de liquidación podrá ordenar su ampliación por una sola vez y decretar las pruebas que estime pertinentes. Como el requerimiento especial no limita la cobertura fáctica, conceptual ni económica de su ampliación, en esta hipótesis se podrán incluir hechos y conceptos nuevos, y por tanto, se podrá expresar una nueva determinación oficial de los impuestos, anticipos, retenciones y sanciones. El nuevo plazo para contestar no podrá ser inferior a tres (3) meses ni superior a seis (6) meses.

Con ocasión de la notificación del requerimiento especial, y de su ampliación, el sujeto pasivo podrá aceptar total o parcialmente los hechos planteados por la DIAN; caso en el cual, la sanción por inexactitud de que trata el artículo 647 del Estatuto Tributario se reducirá a la cuarta parte de la propuesta oficialmente, en relación con los hechos aceptados. Para tal efecto, al contestar, el sujeto pasivo deberá manifestar expresamente su asentimiento para con los hechos aceptados, pues el silencio frente a determinados hechos o cantidades no implica su aceptación tácita ni lo inhabilita para objetarlos en la etapa de reconsideración. Al mismo tiempo deberá corregir su liquidación privada, incluyendo los mayores valores aceptados y la sanción por inexactitud reducida; a la respuesta tendrá que adjuntar copia o fotocopia de la corrección, así como de la prueba del pago o del acuerdo de pago de los impuestos, retenciones y sanciones, incluida la de inexactitud reducida.

Dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta al requerimiento especial o a su ampliación, la unidad de liquidación deberá notificar la liquidación de revisión, si hay mérito para a ello, so pena de que se configure el silencio administrativo positivo en relación con la liquidación privada del sujeto pasivo. Si no hay lugar a liquidación privada, la Administración debe expedir un auto de archivo. Este término se suspenderá por un lapso de tres (3) meses cuando se practique inspección tributaria de oficio, y por el tiempo que dure su práctica cuando la misma sea a solicitud del sujeto pasivo.

La liquidación de revisión debe contraerse exclusivamente a la declaración del sujeto pasivo y a los hechos contemplados en el requerimiento especial o en su ampliación. Es decir, la información contenida en la liquidación privada y en el requerimiento especial se constituye en el marco limitativo de la liquidación de revisión, esto es, se destaca como su único referente conceptual y económico, de suerte que un acto liquidatorio que rebase estos precisos linderos estaría viciado de nulidad por el manifiesto desconocimiento del debido proceso que ello comportaría.

Cabe registrar que la liquidación privada quedará en firme si el requerimiento especial no es notificado al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar. Cuando la declaración inicial se haya presentado en forma extemporánea, los dos años se contarán a partir de la fecha de presentación de la misma. Igualmente, cuando la declaración tributaria presente un saldo a favor del contribuyente o responsable, los dos años se contarán a partir de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación. Al amparo del silencio administrativo positivo también quedará en firme la declaración privada, si vencido el término para practicar la liquidación de revisión, ésta no se notificó.

Contra la liquidación oficial de revisión procede el recurso de reconsideración,⁵⁵ el cual deberá interponerse ante la oficina competente para conocer de los recursos tributarios –hoy División Jurídica– dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de aquélla. Cuando el acto haya sido emitido por el Administrador de Impuestos o sus delegados, el recurso de reconsideración deberá interponerse ante el mismo funcionario o funcionaria que lo profirió; por lo cual, en el entendido de que por regla general el recurso de reconsideración lo decide una oficina que no es superior jerárquico ni funcional de la unidad de liquidación, en la hipótesis del Administrador de Impuestos o sus delegados este recurso se transforma en una especie de reposición. De otra parte, el parágrafo del artículo 720 del Estatuto Tributario prevé la acción de nulidad y restablecimiento del derecho per saltum contra la liquidación de revisión, al reconocer tácitamente que la vía gubernativa puede agotarse también con la notificación de la liquidación de revisión. Al respecto prescribe el mencionado parágrafo: “Cuando se hubiere atendido en debida forma el requerimiento especial y no obstante se practique liquidación oficial, el contribuyente podrá prescindir del recurso de reconsideración y acudir directamente ante la

55 Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de julio 12 de 2002, exp. 1993-9477-01 (12637), M.P. Germán Ayala Mantilla.

jurisdicción contencioso administrativa dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la liquidación oficial”.

El recurso de reconsideración podrá presentarse personalmente o en forma electrónica, según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1111 de 2006. En la primera modalidad el escrito se deberá presentar en la Administración destinataria, personalmente o por interpuesta persona, con exhibición del documento de identidad del signatario y en caso de apoderado especial, de la tarjeta profesional. El signatario que se halle en lugar distinto podrá presentar el escrito ante cualquier autoridad local, quien dejará la constancia respectiva. No es necesario presentar personalmente ante la DIAN el memorial del recurso y los poderes, cuando las firmas de quienes los suscriben estén autenticadas. En el caso de la presentación electrónica, ésta se entenderá surtida en el momento en que la dirección o sitio electrónico asignado por la DIAN produzca el acuse de recibo.

Con arreglo al artículo 722 del Estatuto Tributario el recurso de reconsideración deberá cumplir los siguientes requisitos: se interpondrá directamente por el sujeto pasivo, por escrito, dentro de la oportunidad legal, con expresión concreta de los motivos de inconformidad, sin que se pueda objetar los hechos y cifras aceptados expresamente en la respuesta al requerimiento especial o a su ampliación; aquí se deben alegar todas las nulidades⁵⁶ del acto acusado, o mediante escrito de adición al recurso. Si quien lo interpone actúa como apoderado o representante, debe acreditar la personería. Cuando se trate de agente oficioso, la persona por quien obra ratificará la actuación del agente dentro del término de dos (2) meses, contados a partir de la notificación del auto admisorio del recurso; si no hubiere ratificación, se entenderá que el recurso no se presentó en debida forma y se revocará el auto admisorio. Para estos efectos sólo los abogados pueden actuar como agentes oficiosos. Para recurrir la sanción por libros, por no llevarlos o no exhibirlos, se requiere que el sancionado demuestre que ha empezado a llevarlos o que dichos libros existen y cumplen con las reglas vigentes, sin perjuicio de la viabilidad de la sanción impuesta.

Para interponer el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial, la DIAN no puede exigirle al recurrente el pago de la liquidación privada. En este sentido, al declarar la inexecutable del literal d) del artículo 722 del Estatuto Tributario, afirmó la Corte Constitucional:

“Juzga la Corte que le asiste razón a la demandante en considerar que la norma demandada entroniza una discriminación con fundamento en la capacidad

⁵⁶ Las causales de nulidad están señaladas en el artículo 730 del Estatuto Tributario.

económica del sujeto pasivo de la obligación tributaria que, a todas luces, resulta inaceptable, pues riñe abiertamente con los principios y valores que inspiran la Constitución de 1991, principalmente, con las garantías de acceso a la administración de justicia y de defensa en condiciones de igualdad, así como con la prevalencia de la justicia material pues, con prescindencia de si el contribuyente -que se declaró deudor- se encuentra imposibilitado económicamente para cumplir, en realidad de verdad, reserva el acceso al recurso de reconsideración de la liquidación oficial únicamente a aquellos contribuyentes que se encuentren económicamente en condiciones de pagar el valor que reconocieron deber en la liquidación privada, o de otorgar las garantías requeridas para que la administración tributaria convenga en la celebración de un acuerdo de pago.

Considera la Corte, igualmente, que la condición a la que la norma acusada supedita la procedibilidad del recurso de reconsideración es irrazonable pues, por más loable que sea la finalidad de propiciar el efectivo recaudo en que se inspira, no se remite a duda que, en un Estado Social de Derecho, el recaudo de los tributos con los que cada ciudadano debe contribuir al financiamiento de las cargas públicas, no puede, en modo alguno, obtenerse a costa del sacrificio de instituciones y valores supremos que son constitucionalmente prevalentes como ocurre con el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia para controvertir la acción ilegítima o ilegal del Estado o de sus autoridades.

Por lo demás, el sacrificio a la igualdad resulta siendo también innecesario a la vez que desproporcionado ya que, para alcanzar el cometido constitucional cuya validez no se pone en tela de juicio, se han diseñado y contemplado, en el ordenamiento tributario, otros mecanismos como el procedimiento administrativo de cobro (Título VIII, Libro V) cuyo empleo ha de preferirse pues no conlleva la afectación de valores constitucionalmente protegidos.

(...)

Esta Corte debe reiterar que los principios y valores supremos, así como los Derechos Fundamentales que hacen del ciudadano el eje central de las reglas de convivencia consagradas en la Carta Política de 1991, se erigen en límites constitucionales de las competencias de regulación normativa que incumben al Congreso como titular de la potestad impositiva y principal regulador de las actuaciones tributarias, de modo que, en aras de la efectividad del deber ciudadano de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones públicas (artículo 95-9 C.P.) o de hacer eficaz la administración de impuestos (artículo 209 C.P.) no le es dable desconocer valores que, como el derecho de defensa

y la proscripción de todo tipo de discriminación por razón de la capacidad económica, de acuerdo a la Carta Política, son principios fundantes de la organización social y política”.⁵⁷

A partir de la interposición del recurso de reconsideración en debida forma, la Administración de Impuestos tendrá un (1) año para decidir de fondo y notificarle el respectivo acto al sujeto pasivo de la obligación fiscal, so pena de que se configure el silencio administrativo positivo. Caso en el cual la DIAN, de oficio o a solicitud de parte, así lo declarará.

En torno a la notificación oportuna de la decisión que recae sobre el recurso de reconsideración, ha dicho el Consejo de Estado:

“La expresión resolver comprende no solo el pronunciamiento de la Administración sino también su notificación, porque hasta tanto ésta no se realice, el Acto Administrativo no produce sus efectos, uno de los cuales es precisamente el de interrumpir el término que consagra la ley para que opere el silencio administrativo positivo. Es por ello que la decisión debe ser notificada dentro de la oportunidad legal y, de no producirse, continuará corriendo el término hasta su preclusión. La ley ha instituido la figura del silencio como sanción para la Administración por su negligencia en resolver las situaciones de los particulares en forma oportuna”.⁵⁸

Ahora bien, el término que tiene la DIAN para resolver se suspenderá durante el tiempo que dure la inspección tributaria, cuando ésta se practica a solicitud del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante; y hasta por tres (3) meses, cuando se practique de oficio.

Finalmente, en lo concerniente a las formas de notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria, conviene traer a colación la Ley 1111 de 2006, la cual prevé en su artículo 45 las siguientes: electrónica, personal o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por el órgano competente. El mencionado artículo dispone también en su inciso segundo:

“Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no

⁵⁷ Sentencia C-1414 de 2000 de la Corte Constitucional.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 23 de agosto de 2002, exp. 1994-7641-01 (12605), M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. En este evento también procede la citación electrónica”.

Liquidación de aforo. Como se ha visto, dentro de las obligaciones de los sujetos pasivos está la de presentar oportunamente sus declaraciones tributarias. Según el artículo 715 del Estatuto Tributario, cuando se incumple con esta obligación formal, tales sujetos serán emplazados por la administración de impuestos, previa comprobación de su obligación, para que lo hagan en el término de un mes. El contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, que presente la declaración con posterioridad al emplazamiento, deberá liquidar y pagar una sanción por extemporaneidad, en los términos del artículo 642 del Estatuto Tributario. Vencido el término de emplazamiento sin que se hubiere presentado la declaración respectiva, la administración de impuestos, sobre la base de la información obtenida de terceros y del sujeto pasivo mismo, procederá a determinar la sanción por no declarar prevista en el artículo 643 del Estatuto Tributario. El numeral 2 de este artículo alude a la facultad que tiene la administración para determinar el monto de las consignaciones bancarias o ingresos brutos de quien persiste en su incumplimiento de la declaración del impuesto sobre las ventas, expresión que fue examinada por la Corte Constitucional y respecto de la cual dijo:

“Se observa que en la disposición controvertida, se utiliza la expresión “que determine la administración” para indicar el procedimiento que debe seguirse para establecer las equivalencias, base de la sanción, cuando no se presenta declaración de Impuesto sobre las Ventas. De ahí que se haga necesario precisar el sentido de la expresión, puesto que la Corte considera que solo un entendimiento acorde con los principios constitucionales del debido proceso permite mantenerla en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, se desconocería el derecho de defensa al conferir a la Administración, como parece indicarlo la norma, la facultad de establecer las equivalencias sin el concurso del afectado, por cuanto, el vocablo “determinar”, utilizado para describir la actividad administrativa, da a entender que la Administración puede establecer sin el concurso del afectado las bases que le permiten liquidar la sanción. Ahora bien, es claro que el derecho de defensa puede verse sometido a restricciones y limitaciones en conexión con otros derechos fundamentales o por la primacía del interés general; empero tal derecho no puede no llegar a ser desconocido. Por ello, si el inculpado, habiendo sido notificado, no concurre, la Administración puede actuar unilateralmente y, con apoyo en los supuestos de hecho que logre establecer,

liquidar el valor de la suma a cargo; pero, si el omiso acude, habrá de ser oído, así no hubiere atendido el requerimiento y se presente vencido el término del emplazamiento. Por lo tanto, la Corte deberá aclarar que la expresión, solo con este entendimiento, resulta constitucional”.⁵⁹

Es decir, conforme a los lineamientos del debido proceso, la administración de impuestos no puede desatender el derecho de defensa del sujeto pasivo al practicar la liquidación de la sanción por no declarar, pues, aún en el evento de que el emplazado no comparezca oportunamente, le asiste el derecho a plantear sus argumentos y a ejercer el derecho de contradicción al amparo del basamento probatorio que fuere pertinente aducir. En todo caso, la liquidación de aforo debe incorporar una explicación sumaria de sus fundamentos, a efectos de satisfacer el principio de la publicidad y facilitar el control de legalidad.

Agotado el procedimiento prescrito en los artículos 643, 715 y 716 del Estatuto Tributario, la liquidación de aforo puede producirse dentro de los 5 años siguientes al vencimiento del plazo señalado para declarar, y en ella se determina la obligación tributaria a cargo del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, que no haya declarado. Es decir, la liquidación de aforo se expide a continuación de la resolución sancionatoria por no declarar.

Una vez notificada la liquidación de aforo y la resolución de sanción, el administrador de impuestos ordena su inscripción en los registros públicos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes, los cuales, a partir de esta inscripción quedan afectos al pago de las obligaciones del contribuyente. Los respectivos bienes constituyen garantía real de pago frente a la obligación insoluble y la administración tributaria los puede perseguir coactivamente, sin importar que hayan sido traspasados a terceros. La inscripción mantendrá su vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, y se levantará en los casos contemplados en el artículo 719-1 del Estatuto Tributario.

En desarrollo del derecho de contradicción, contra la resolución sancionatoria y la liquidación de aforo procede el recurso de reconsideración, en los términos y condiciones ya vistos en párrafos anteriores al estudiar el itinerario de la liquidación de revisión. Si dentro del término para interponer el recurso contra la resolución de sanción por no declarar, el sujeto pasivo presenta la declaración, la sanción por no declarar se reduce al 10% del valor de la sanción inicialmente impuesta por la administración tributaria, en cuyo caso le corresponde al contribuyente liquidarla y pagarla al presentar la liquidación privada. Esta

59 Sentencia C-637 de 2000 de la Corte Constitucional.

sanción no podrá ser inferior al valor de la sanción por extemporaneidad, liquidada con arreglo al artículo 642 del Estatuto Tributario.

Sanciones relacionadas con el cumplimiento de la obligación tributaria. Las sanciones son imposiciones pecuniarias que la administración de impuestos puede determinarle al sujeto pasivo infractor, bien en la liquidación oficial de la cual se deriven, o de manera independiente mediante resolución motivada. En cumplimiento del debido proceso, primeramente se le debe notificar al sujeto pasivo el pliego de cargos o glosas fiscales, a efectos de que él responda dentro del mes siguiente. Surtida esta etapa, la administración tributaria entra a ponderar el mérito probatorio de todo lo actuado, para luego sí, llegado el caso, expedir la correspondiente resolución sancionatoria, que conforme a las reglas generales es susceptible del recurso de reconsideración.

Cabe anotar que la reincidencia aumenta el valor de las sanciones. Se entiende que hay reincidencia cuando el sancionado por acto administrativo en firme, comete una nueva infracción del mismo tipo dentro de los 2 años siguientes a la comisión del hecho sancionado.

AUTOEVALUACIÓN SOBRE TRIBUTACIÓN

Ae

Frente a cada uno de los siguientes casos, sírvase responder las cuestiones correspondientes:

1) En el ámbito del impuesto sobre la renta y complementarios la DIAN le notifica a una Empresa Industrial y Comercial del Estado un requerimiento especial por los siguientes motivos:

1. No está demostrado el pago del impuesto de timbre en relación con un contrato estatal.

2. El mencionado contrato no aparece declarado.

3. El pago hecho por la empresa a favor de un contratista de otro contrato estatal, por razones de incumplimiento de la entidad de una de las cláusulas, figura por un mayor valor al que aparece en los registros contables.

4. No está demostrado el pago de los aportes del empleador al ISS en lo tocante a 30 trabajadores oficiales y 5 empleados públicos.



La empresa contesta el requerimiento haciendo los planteamientos correspondientes a su defensa. Posteriormente la Administración Tributaria le notifica una liquidación de revisión determinándole un mayor valor a cargo, frente a lo cual el contribuyente interpone el recurso de reconsideración dentro de los dos meses siguientes a la notificación del acto oficial. Finalmente la Administración resuelve el recurso de reconsideración confirmando la liquidación de revisión, sólo que la notificación de este acto la hace a los 13 meses siguientes a la interposición del recurso de reconsideración. ¿Qué puede hacer a continuación el contribuyente en procura de sus derechos e intereses y ante qué autoridad?

2) En el ámbito del impuesto sobre la renta y complementarios, la DIAN le notifica a una persona natural –comerciante- un requerimiento especial por los siguientes motivos:

- 1. No está declarado el ingreso relativo a varias facturas de venta del año gravable correspondiente.*
- 2. El valor de la obligación hipotecaria que pesa sobre el edificio de la empresa, aparece por un monto superior al que le informó el banco a la DIAN.*
- 3. Está incluyendo unos costos y unas deducciones que la DIAN no le puede admitir, por cuanto no tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta.*
- 4. Está incluyendo unos descuentos tributarios por un monto superior al legalmente aceptable.*

El contribuyente contesta el requerimiento haciendo los planteamientos correspondientes a su defensa. Posteriormente, la DIAN le notifica una liquidación de revisión determinándole un mayor valor a cargo, con el agregado de que en esta liquidación la Administración Tributaria contempló hechos y cifras diferentes a los estipulados en la liquidación privada y en el requerimiento especial. ¿Qué debe argumentar el contribuyente al interponer el recurso de reconsideración?

3) A los 23 meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar, la Unidad de Liquidación de una Administración de Impuestos le notifica requerimiento especial a un responsable que declaró oportunamente el impuesto sobre las ventas. ¿Qué situaciones y falencias se presentan en

esta hipótesis, y qué puede hacer ante ello el responsable del impuesto sobre las ventas?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

1) ¿Qué relaciones hay entre la notificación del requerimiento especial y la firmeza de la liquidación privada?

2) Frente al debido proceso, ¿cuál es la razón de ser de la congruencia que debe mediar entre la liquidación privada y los hechos contemplados en el requerimiento especial, de una parte, y de otra la liquidación de revisión?

3) ¿Qué ocurre si en el recurso de reconsideración el contribuyente alega hechos no aducidos en la respuesta al requerimiento especial?

Compare sus respuestas con el texto y el material de apoyo del módulo, formule conclusiones en torno a la calidad de sus planteamientos.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Aj

Examine las sentencias que se presentan a continuación; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte o del Consejo de Estado y la decisión tomada. Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Destacar las coincidencias y discrepancias que se presenten entre las diferentes providencias en torno a los temas tratados.

Sentencias de la Corte Constitucional: C-263 de 1996, C-493 de 1997, C-663 de 2000, C-1162 de 2000, C-1371 de 2000, C-1414 de 2000, C-096 de 2001, C-009 de 2003; T-1016 de 1999, T-1432 de 2000 y T-953 de 2002.

Sentencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia de 2 de noviembre de 2001, exp. 1994-8973-01 (12370), M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; Sección Cuarta, sentencia de marzo 6 de 2003, exp. 2000-2934-

Aj

01 (13027). M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; Sección Cuarta, sentencia de 12 de julio de 2002, exp. 1993-9477-01 (12637), MP. Germán Ayala Mantilla; Sección Cuarta, sentencia de 23 de agosto de 2002, exp. 1994-7641-01 (12605), M.P. Maria Inés Ortiz Barbosa.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

Régimen de Procedimiento Tributario. Bogotá: Legis, 2007. Sobre la base de la transcripción de toda la legislación en materia de procedimiento tributario, esta obra tiene la importancia de ilustrar de manera amplia sobre la ritualidad que el sujeto pasivo y la DIAN misma deben surtir en el ámbito de las actuaciones administrativas y de la vía gubernativa. La obra contiene igualmente citas jurisprudenciales y doctrinarias, al propio tiempo que presenta un mapa conceptual sobre la vía gubernativa.

5.3. EN DERECHO URBANÍSTICO

5.3.1 Marco constitucional

Con el referente obligado que entraña la reforma constitucional de 1936, el constituyente de 1991 reivindicó la función social y ecológica de la propiedad pública y privada, de suerte que en cualquiera de sus expresiones la propiedad debe someterse a los parámetros que fija el ordenamiento superior en pro de la comunidad a partir del valor fundante de la prevalencia del interés general.

El concepto de propiedad privada no ha sido una idea estática e inamovible, sino que ha cambiado con la evolución y descubrimiento de nuevas necesidades, novedosos derechos y límites, originados en el cambio y desarrollo de las sociedades. En la actualidad, para el derecho administrativo la explotación de la propiedad privada no admite concesiones absolutas. Por el contrario, exige la adopción de medidas que tiendan a su integración en la sociedad como elemento crucial del desarrollo. A este respecto, la Corte Constitucional dijo:

“(…) el concepto romano de propiedad concebido bajo una estructura sagrada, absoluta e inviolable, fue dejado a un lado en la época feudal en razón a la restricción del comercio, para ser retomado nuevamente en la Revolución Francesa, época en la cual se instauró como garantía y resistencia a la opresión y a los privilegios. De esta forma el derecho a la propiedad, aseguró a cada hombre un espacio exclusivo e imperturbable en el que no existía injerencia alguna sobre sus bienes, y que garantizaba un poder irrestricto y autónomo sobre sus posesiones de

manera tal que se constituyeran en la base de su libre iniciativa como ciudadano y de su paulatino desarrollo económico. A lo cual agregó: ‘Esta noción del derecho a la propiedad, denominada por algunos tratadistas como absoluta, también tuvo relevancia en nuestro ordenamiento jurídico y constitucional. Situación que se traduce en el artículo 669 y siguientes del Código Civil que consagran el derecho de dominio como un derecho real que permite a su titular gozar y disponer arbitrariamente de la cosa, siempre y cuando no fuera ello contrario a la ley o contrario a un derecho ajeno.’ Y después dijo: ‘La concepción clásica de la propiedad que reinó en nuestro país durante algún tiempo, fue cediendo a las exigencias de justicia y de desarrollo económico y social en otros espacios jurídicos y constitucionales, que determinaron un nuevo rumbo y fueron incluyendo nuevos elementos al derecho a la propiedad, necesarios para ponderar su ejercicio frente a situaciones o ‘motivos de utilidad pública’, (artículos 31 y 32 de la Constitución de 1886), o circunstancias en las que el interés privado tuviera que ceder al interés público o social. Estas nuevas concepciones, posteriormente fueron reforzadas en la reforma constitucional de 1936 con la introducción del concepto explícito de ‘función social’ de la propiedad”.⁶⁰

Como es bien sabido, el paulatino crecimiento de las ciudades colombianas muestra un inveterado desorden urbanístico. Sin embargo, con ocasión de los planes de ordenamiento territorial las ciudades ya han protagonizado experiencias metodológicas que tienden a racionalizar y a humanizar algunos espacios físicos, particularmente con apoyo en la Ley 388 de 1997, la cual estableció la siguiente clasificación del suelo: (i) urbano, donde se cuenta con infraestructura vial y redes primarias de servicios públicos domiciliarios, en todo caso delimitado por la cobertura que ofrezcan los servicios públicos o sanitarios⁶¹; (ii) rural, constituido por terrenos no aptos para ser urbanizados o destinados a otras actividades de carácter agrícola o forestal, por ejemplo, y; (iii) de expansión urbana, generalmente aledaño al suelo de uso urbano que se encuentra en condiciones adecuadas para la expansión de la ciudad.

Nuestra legislación muestra entre sus novedades la de haberle trasladado a los particulares⁶² la función pública relativa a la expedición de licencias de urbanismo o de construcción, atribución que anteriormente ejercía el Estado.

En este ámbito urbanístico existe un cuerpo normativo que fija claramente los parámetros a los cuales debe ceñirse todo aquel que pretenda remodelar

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-427 de 1998.

⁶¹ Ley 388 de 1997, art. 31.

⁶² Decreto 2150 de 1995, art. 50.

su construcción o iniciar una obra de carácter arquitectónico. Por tanto, el constructor debe acatar los mandatos de la Administración que si bien le otorgan libertad en cuanto a los diseños, también le imponen obligaciones respecto de las características que debe reunir la obra que pretende realizar. Por esta razón, una obra nueva debe satisfacer los requerimientos mínimos que impone la ley en materia de sismoresistencia, de acceso a personas discapacitadas, de armonía en cuanto al sector, de cesión de terrenos a la comunidad en general, etc.

5.3.2. Marco legal

En los últimos veinte años el derecho urbanístico ha evolucionado notablemente en nuestro país, inicialmente con la expedición de la Ley 9 de 1989; luego con la reforma constitucional de 1991, y posteriormente con la Ley 388 de 1997 que consignó los principios fundamentales del urbanismo y ordenó a todos los municipios y distritos adoptar los respectivos Planes de Ordenamiento Territorial.

Aunado a lo anterior, el Decreto 2150 de 1995, la Ley 810 de 2003, la Ley 902 de 2004, el Decreto 1052 de 1998 y el Decreto 564 de 2006, principalmente, también desarrollan la normativa rectora del derecho urbanístico.

5.3.3. AUTORIDADES URBANÍSTICAS

El artículo 49 del Decreto 2150 de 1995 establece:

“Licencias de urbanismo y construcción.

(...)

Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación y reparación, demolición de edificaciones o de urbanización, parcelación para construcción de inmuebles y de terrenos en las áreas urbanas y rurales, se deberá obtener licencia de urbanismo o de construcción, las cuales se expedirán con sujeción al plan de ordenamiento físico que para el adecuado uso del suelo y del espacio público, adopten los concejos distritales o municipales.

A partir de los seis meses siguientes a la vigencia de este decreto, los municipios y distritos con población superior a 100.000 habitantes deberán encargar la expedición de licencias de urbanización y construcción a curadores urbanos, quienes estarán obligados a dar fe acerca del cumplimiento de las normas aplicables en cada caso particular y concreto.

En los municipios con población inferior a 100.000 habitantes, los alcaldes o secretarios de planeación serán los encargados de tramitar y expedir las licencias de urbanización y construcción”.⁶³

De esta regulación se desprende que las autoridades encargadas de analizar y dar un concepto de viabilidad a los proyectos urbanísticos que se pretenden desarrollar son: i) las Curadurías Urbanas en los municipios con más de 100.000 habitantes y; ii) las alcaldías o las Secretarías de planeación en los municipios con menos de 100.000 habitantes. En virtud de ello, las correspondientes autoridades urbanísticas⁶⁴ que pueden conceder o negar los citados permisos dependiendo de las condiciones particulares de cada proyecto, son:

1- CURADOR URBANO: Es un particular que ejerce funciones públicas, designado por el Alcalde Popular, previo concurso de méritos, para un período de 5 años prorrogables; que debe desarrollar su labor en forma coordinada con el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y con las Alcaldías. Su labor es vigilada y supervisada por la Alcaldía Municipal.

2- SECRETARÍA DE PLANEACIÓN: Constituye la segunda instancia de los trámites que se adelantan ante las Curadurías, y la primera en los municipios más de 100.000 habitantes.

3- ALCALDÍA MUNICIPAL: Es la segunda instancia de las solicitudes que se tramitan ante la SECRETARÍA de Planeación Municipal, al propio tiempo que es la encargada de diseñar y formular el proyecto de Plan de Ordenamiento Territorial que debe ser aprobado por el respectivo Consejo Municipal o Distrital y de ejercer control sobre los curadores urbanos.

5.3.4. De los planes de ordenamiento territorial

Según el artículo 9 de la Ley 388 de 1997, los Planes de Ordenamiento Territorial –POT– son actos de la Administración municipal o distrital que contienen los objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones o normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y

⁶³ Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

⁶⁴ Ley 388 de 1997, artículo 99: 1. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación de terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere licencia expedida por los municipios, distritos especiales, Distrito Capital, el departamento especial de San Andrés y Providencia o los curadores urbanos, según sea el caso.

la utilización del suelo. En atención al número de habitantes los planes adoptan la siguiente nomenclatura:

- 1- Planes de Ordenamiento Territorial: Población superior a 100.000 habitantes
- 2- Planes básicos de Ordenamiento Territorial: Población entre 30.000 y 100.000 habitantes
- 3- Esquemas de ordenamiento territorial: Población inferior a 30.000 habitantes

Cada POT requiere un programa de ejecución acorde con la vigencia del mismo, el cual usualmente se fija en tres años, período adecuado para evaluar la conveniencia de las modificaciones que requiere en aras de reglamentar el desarrollo ordenado de la ciudad. La licencia urbanística debe sujetarse a los lineamientos contemplados en el respectivo Plan de Ordenamiento Territorial y solamente puede ser solicitada por el propietario o poseedor del bien.

5.3.5. De la licencia urbanística

Es un acto administrativo –expreso o presunto–, a través del cual la autoridad competente controla la actividad que el particular pretende ejercer sobre el suelo, de manera que para su expedición debe verificarse su adecuación a la normativa rectora en materia urbanística, especialmente a los lineamientos fijados en el POT. El Decreto 564 de 2006 estableció cinco clases de licencias: urbanización, parcelación, subdivisión, construcción e intervención y ocupación del espacio público⁶⁵.

La licencia de urbanización se define como la autorización previa para ejecutar en uno o en varios predios localizados en el suelo urbano, la creación de espacios públicos y privados y la construcción de las obras de infraestructura de servicios públicos y de vías que permitan la adecuación y dotación de estos terrenos para la futura construcción de edificaciones con destino a usos urbanos⁶⁶. En los suelos de expansión urbana la licencia de urbanización está sujeta a la expedición previa del respectivo plan parcial.

La licencia de parcelación se entiende como la autorización previa para ejecutar en uno o varios predios localizados en el suelo rural, la creación de espacios públicos y privados y la ejecución de obras para vías e infraestructura que

⁶⁵ Decreto 564 de 2006, artículo 2.

⁶⁶ Decreto 564 de 2006, artículo 4.

garanticen la auto prestación de servicios domiciliarios que permitan destinar los predios resultantes a los usos permitidos en el P.O.T.⁶⁷.

La licencia de subdivisión se definió como la autorización previa para dividir uno o varios predios, ubicados en el suelo rural, urbano o de expansión urbana⁶⁸. Como modalidades de subdivisión se encuentra la subdivisión rural en el suelo rural y de expansión urbana y la subdivisión urbana y el reloteo en el suelo urbano. En la norma se precisa que ninguna de estas modalidades autoriza la ejecución de obras de infraestructura, construcción o delimitación de espacios públicos o privados. Adicionalmente, las licencias de subdivisión rural y urbana harán las veces de Certificado de conformidad con las Normas Urbanísticas de que trata el artículo 108 de la Ley 812 de 2003, debiendo protocolizarse con la escritura de división material del predio.

La licencia de construcción es la autorización previa para desarrollar edificaciones en uno o varios predios, de conformidad con lo previsto en el P.O.T.⁶⁹. Como modalidades de esta licencia el Decreto 564 de 2006 estableció las siguientes:

- Obra nueva. Cuando se trata de obras de edificación en terrenos no construidos.
- Ampliación. Cuando se trata de incrementar el área construida de una edificación existente, excluyendo las azoteas y áreas sin cubrir o techar.
- Adecuación. En el evento de autorizar obras tendientes a adaptar una edificación o parte de ella para el desarrollo de otro uso, pero garantizando la permanencia del inmueble original.
- Modificación. Si se trata de variar el diseño arquitectónico o estructural de la edificación existente, sin incrementar el área construida.
- Restauración. Para adelantar obras tendientes a recuperar y adaptar una construcción declarada como bien de interés cultural pero garantizando el uso y diseño original.
- Reforzamiento estructural. Cuando el objeto es acondicionar la estructura del inmueble a los requisitos de seguridad sísmica.

⁶⁷ Decreto 564 de 2006, artículo 5.

⁶⁸ Decreto 564 de 2006, artículo 6.

⁶⁹ Decreto 564 de 2006, artículo 7.

- Demolición. Autoriza a derribar total o parcialmente una o varias edificaciones existentes de uno o varios predios. Por regla general, se concede de manera simultánea con cualquier otra modalidad de licencia de construcción, salvo que se trate de proyectos de renovación urbana, infraestructura vial o servicios públicos domiciliarios.

- Cerramiento. Autoriza a encerrar de manera permanente un predio de propiedad privada.

Finalmente, la licencia de intervención y ocupación del espacio público es la autorización previa para ocupar o para intervenir bienes de uso público incluidos en el espacio público de conformidad con las normas urbanísticas⁷⁰. Como modalidades de este tipo de licencias se encuentran las siguientes⁷¹:

Ocupación de espacio público para la localización de equipamiento. Autoriza a ocupar una zona de cesión pública o de uso público con edificaciones destinadas al equipamiento comunal. Para la construcción las edificaciones deben contarse con la respectiva licencia de construcción.

Intervención del espacio público. Por medio de esta licencia se autoriza la intervención del espacio público para: a) construcción, reparación, sustitución, modificación y/o ampliación de las instalaciones o redes de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones; b) utilización del espacio aéreo o del subsuelo para generar elementos de enlace urbano entre inmuebles privados o inmuebles privados y elementos del espacio público; c) dotación de amoblamiento urbano, instalaciones artísticas o arborización.

Intervención y ocupación temporal de playas marítimas y terrenos de bajamar. Es una autorización de intervención u ocupación temporal otorgada por la autoridad correspondiente de las ciudades costeras.

5.3.6. Procedimiento para obtener una licencia urbanística

El trámite se inicia a solicitud de parte, es decir, por quien la ley haya designado como titular de la licencia⁷². El procedimiento administrativo que debe agotar el curador urbano o el alcalde municipal para la expedición de la licencia, conlleva la realización, entre otras, de las siguientes actuaciones administrativas:

⁷⁰ Decreto 564 de 2006, artículo 11.

⁷¹ Decreto 564 de 2006, artículo 12.

⁷² Decreto 564 de 2006, artículos 16 y 17.

- El suministro de información sobre las normas urbanísticas aplicables a los predios objeto del proyecto.
- La rendición de los conceptos que sobre las normas urbanísticas aplicables se soliciten.
- El visto bueno a los planos necesarios para la construcción y los reglamentos de propiedad horizontal.
- La citación y notificación a vecinos.
- La gestión ante la entidad competente para la asignación, rectificación y certificación de la nomenclatura de los predios y construcciones con sujeción a la información catastral correspondiente.

A estas actuaciones se agregan las relacionadas con el suministro de servicios públicos domiciliarios regulados en la Ley 142 de 1994, las normas sobre sismo resistencia⁷³, las licencias ambientales⁷⁴, así como los diseños estructurales y estudios geotécnicos. Por todo lo anterior, para la Corte Constitucional la expedición de la licencia “implica el previo desarrollo de un proceso en el cual participan diferentes órganos de la administración distrital, cada uno de los cuales, en el ámbito de sus propias competencias y de acuerdo con la función especializada que tiene a su cargo, define aspectos que serán fundamentales para garantizarle a la ciudad un desarrollo urbanístico conveniente y armónico, y a los ciudadanos y ciudadanas el acceso a la propiedad con la prestación de los servicios básicos”⁷⁵. En síntesis, el procedimiento administrativo para la expedición de licencia constituye un acto administrativo complejo.

Otro punto importante sobre el trámite de las licencias de urbanismo tiene que ver con la citación de los vecinos. Además de la nueva regulación especificada en el artículo 24 del Decreto 564 de 2006, es importante tener en cuenta los reiterados pronunciamientos, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, que han resaltado la obligación de citar, durante el trámite de la licencia, a los vecinos colindantes⁷⁶ de la obra de urbanismo o construcción en aras de proteger el debido proceso.

⁷³ Ley 400 de 1997.

⁷⁴ Ley 99 de 1993, Código de Recursos Naturales, etc.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T- 545 de 1995..

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 28 de junio de 2001, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente 01-6216: (E) para la Administración es irrelevante si quienes habitan en el inmueble son propietarios, tenedores o poseedores, por lo que basta una comunicación dirigida a la dirección del inmueble vecino o colindante

Por tal motivo, se considera necesario que el curador urbano agote el siguiente procedimiento⁷⁷:

- a) A través de formulario único nacional, el interesado o el representante legal, -en el caso de las personas jurídicas- deberá presentar su solicitud de licencia, a la cual deberá anexar copia de los documentos que acrediten el pago del impuesto predial causado durante los últimos 5 años y el correspondiente plano de localización del bien. En este sentido, debe precisarse que los correspondientes documentos técnicos (planos y estudios) deben ser suscritos por profesionales en las respectivas áreas (arquitecto, ingeniero).
- b) Una vez presentados los documentos requeridos, la autoridad competente (Curaduría, Secretaría de Planeación, Alcaldía) deberá radicar y numerar en orden cronológico la solicitud, dejando constancia de los documentos allegados. Si se advierte que la solicitud carece de alguno de los documentos necesarios, será devuelta al interesado para que proceda a complementarla.
- c) La solicitud de licencia debe ser comunicada por el curador a los vecinos del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud, para que puedan hacerse parte y reivindicar sus derechos.
- d) Puede el curador o alcalde municipal delegar la función para hacer la comunicación, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, según el cual las autoridades administrativas pueden transferir el ejercicio de sus funciones a sus colaboradores o a otras autoridades con funciones afines o complementarias.
- e) La comunicación debe hacerse por correo, si no hay otro medio más eficaz, y
- f) Si la comunicación no fuere posible o resultare demasiado costosa o demorada -y sólo en esos casos-, habrá de insertarse en la publicación que para tal efecto tenga la entidad, o en un periódico de amplia circulación local o nacional, según el caso.

Junto con estas previsiones durante el trámite, también se considera de vital importancia la notificación del acto administrativo que resuelva sobre la solicitud de licencia. En tal sentido, la interpretación jurisprudencial del Decreto 1052 de

respectivo.

77 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 28 de febrero de 2002, C.P. Mario Alario Méndez, expediente AC-1731.

1998⁷⁸ y de las normas del Código Contencioso Administrativo, han establecido las siguientes directrices⁷⁹.

- a) Los actos mediante los cuales se resuelva sobre las solicitudes de licencia deben ser notificados personalmente a los vecinos, por quien los haya expedido o por la persona en quien haya sido delegada esa función.
- b) La función de hacer la notificación puede delegarse, como está expresamente previsto en la disposición transcrita, pero de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998;
- c) Para hacer la notificación personal, previamente se enviará citación por correo certificado, si no hay otro medio más eficaz de hacerlo, y
- d) Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de cinco días del envío de la citación –sólo en ese caso–, la notificación puede hacerse por edicto.

La ejecución de estos trámites permite “que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la autoridad, dentro del término que la ley disponga para su ejecutoria”⁸⁰. Por tal motivo, si la curaduría o alcaldía municipal omite la comunicación del trámite de licencia y la notificación del acto administrativo de fondo, obstaculiza el ejercicio del derecho a oponerse que tienen los vecinos colindantes, y por tanto, queda el acto administrativo en un limbo, pues si bien existe, es ineficaz⁸¹.

Ahora, el proceso de notificación de las licencias tiene un procedimiento especial, regulado por los artículos 32 a 34 del Decreto 1600 de 2005, en el cual se determinan tres fases:

- a) La notificación personal al solicitante, a los vecinos y a los terceros que se hayan hecho parte durante el trámite, mediante citación por correo certificado dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto.

78 Decreto 1052 de 1998, artículo 22.

79 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 28 de febrero de 2002, C.P. Mario Alario Méndez, expediente AC-1731.

80 Corte Constitucional, Sentencia T-419 de 1994.

81 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 17 de mayo de 2001, C.P. Alirio Eduardo Hernández Henríquez, expediente AC- 403.

- b) La notificación por edicto, si no es posible efectuar la notificación personal al cabo de cinco días después de enviada la citación.
- c) La publicación en un diario de amplia circulación de la parte resolutive del Acto Administrativo que concede la licencia, siempre y cuando hubiese sido necesario citar a los vecinos mediante publicación.

El término para la decisión sobre la solicitud de licencia es de cuarenta y cinco (45) días hábiles. Si el curador urbano o el alcalde municipal exceden ese lapso, opera el silencio administrativo positivo a favor del particular, quien deberá protocolizarlo mediante escritura pública, de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en el Código Contencioso Administrativo. No obstante, la ocurrencia del silencio administrativo positivo no puede ir en contravía de las normas urbanísticas y de edificación vigentes. Por ello, cuando la complejidad del proyecto lo amerite, puede prorrogarse el término por una sola vez, hasta por la mitad del establecido mediante resolución motivada⁸².

Finalmente, las licencias de urbanización, parcelación y construcción tendrán una vigencia máxima de veinticuatro (24) meses, prorrogables por una sola vez por un plazo adicional de doce (12) meses, contados a partir de la fecha de su ejecutoria. De otra parte, cuando en un mismo acto se conceda licencia de urbanización y construcción, éstas tendrán una vigencia máxima de treinta y seis (36) meses, prorrogables por un período adicional de doce (12) meses, contados a partir de la fecha de su ejecutoria.

Para solicitar la prórroga deberá formularse la petición dentro de los treinta (30) días calendario anteriores al vencimiento de la respectiva licencia, siempre que el urbanizador o constructor responsable certifique la iniciación de la obra⁸³. En el Decreto 564 de 2006 se estableció una vigencia improrrogable de seis meses para las licencia de subdivisión, a efectos de adelantar actuaciones de autorización y registro a que se refieren los artículo 7 de la Ley 810 de 2003 y 108 de la Ley 812 de 2003.

5.3.7. Sanciones

Según el artículo 1° de la Ley 810 de 2003 que modificó el artículo 103 de la Ley 388 de 1993, “toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación

⁸² Decreto 564 de 2006, artículo 28.

⁸³ Decreto 564 de 2006, artículo 41.

que contravengan los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas” constituye una infracción urbanística que deberá ser sancionada. De esta manera, pueden predicarse tres tipos de infracciones, a saber: (i) obras con inobservancia de la licencia otorgada; (ii) obras que a pesar de satisfacer los lineamientos del POT carecen de la correspondiente licencia y; (iii) obras ilegales, esto es, que se apartan ostensiblemente de la preceptiva rectora.

Por mandato del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, tales sanciones sólo pueden imponerse al amparo del trámite previsto en el Código Contencioso-Administrativo, dentro del término de caducidad, que para el efecto es de tres (3) años. No ha sido pacífica la discusión en torno al momento que debe tomarse para iniciar el cálculo del término anteriormente señalado, pues algunos doctrinantes consideran que el mismo comienza desde la fecha en que se instauró la correspondiente queja, mientras que otros señalan que debe contarse desde la última vez que se realizó la conducta constitutiva de infracción⁸⁴.

La actuación administrativa se inicia de oficio por el alcalde, o a petición de parte, derivada, generalmente, de las quejas de la comunidad. Aunque el procedimiento establecido en la primera parte del Código Contencioso Administrativo es bastante general en torno a las etapas que se deben surtir, sin lugar a dudas resulta forzoso cumplir con los siguientes principios básicos: audiencia de las partes, enumeración de los medios de pruebas que puedan ser utilizados en el procedimiento, y motivación, por lo menos sumaria, de los actos que afecten a particulares⁸⁵.

Dependiendo de la gravedad de la infracción existen las siguientes especies de sanción: (i) multa, que puede ser sucesiva y variar en lo referente a la cuantía; (ii) demolición, total o parcial de la obra, generalmente acompañada de multa, y; (iii) reconstrucción de conformidad con los parámetros que determine la respectiva licencia.

84 Al respecto véase: 1. Consejo de Justicia de Bogotá, sala de Obras y Urbanismo, Acta No. 18 de 26 de junio de 1997. 2. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 25 de abril de 2002, radicación 03-6896. M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

85 Ley 58 de 1982, artículo 5.

AUTOEVALUACIÓN

SOBRE PROCEDIMIENTOS EN DERECHO URBANÍSTICO

Ae

Frente a cada uno de los siguientes casos, sírvase responder las cuestiones correspondientes:

1) *Una persona natural solicita ante el Curador Urbano licencia para la construcción de obra nueva en 3 terrenos urbanos colindantes. Al respecto acredita su calidad de propietario de estos lotes, el pago del impuesto predial de cada uno de ellos, los planos de los mismos y una relación de la dirección de los predios colindantes al proyecto objeto de la solicitud. El Curador hace la citación a los vecinos colindantes de los tres terrenos para que hagan valer sus derechos, frente a lo cual, dentro del término de los 10 días uno de ellos presenta escrito formulando sus objeciones a la expedición de la licencia urbanística, en el sentido de que la misma propiciaría un grave desmejoramiento de la servidumbre de tránsito que tiene a su favor. El Acto Administrativo a través del cual se decide favorablemente sobre la solicitud de la licencia se le notifica al solicitante pero no a los vecinos colindantes. ¿Que actuación puede adelantar el vecino que formuló las objeciones y ante qué autoridad?*

2) *Una persona jurídica solicita ante el Curador Urbano licencia para demolición parcial y ampliación de una edificación. Al respecto acredita su calidad de propietario del inmueble, los planos del mismo, una relación de la dirección de los predios colindantes al proyecto objeto de la solicitud, pero omite la prueba del pago del impuesto predial. El Curador hace la citación a los vecinos colindantes del inmueble para que hagan valer sus derechos frente a lo cual, dentro del término de los 10 días, uno de ellos presenta escrito formulando sus objeciones a la expedición de la licencia urbanística, arguyendo que, pese a tratarse de un bien de interés cultural el solicitante no allegó el concepto favorable del Ministerio de Cultura. En forma extemporánea otro vecino también presenta objeciones, alegando la no acreditación del pago del impuesto predial. El Acto Administrativo a través del cual se decide favorablemente sobre la solicitud de la licencia se les notifica al solicitante y a los vecinos colindantes. Los vecinos que formularon las objeciones, de manera independiente interponen los recursos de reposición y apelación contra el acto que concede la licencia de construcción. En relación con el primer vecino el recurso de reposición se decide confirmando todo lo actuado, al paso que el recurso de apelación se resuelve revocando*

Ae

la licencia en lo concerniente a la demolición y confirmándola en lo atinente a la ampliación. En cuanto al segundo vecino –el que formuló sus objeciones de manera extemporánea– la Administración no hizo pronunciamiento alguno. ¿El tendría algún mecanismo de impugnación para exigir una respuesta a su escrito de objeción?

3) En Bogotá, una persona desea demoler su vivienda de dos pisos, y en su lugar, construir un edificio de cinco pisos completamente independientes. Pero esta persona tiene un derecho de dominio que en ese momento se encuentra controvertido dentro de un proceso judicial, con medidas de inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos ¿Qué procedimiento debe adelantar? ¿Ante qué autoridad? Describa el procedimiento a seguir.

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

1) ¿Qué relaciones se dan entre el POT, las licencias de construcción y el derecho a vivienda digna?

2) En el campo del urbanismo se presentan tensiones entre el imperativo del ordenamiento territorial y el derecho a disponer sobre la propiedad privada, ¿cómo se pueden resolver esas tensiones sin anular el núcleo esencial de la propiedad privada?

3) ¿Cuáles son las responsabilidades que le caben al curador urbano al tenor del artículo 6 de la Constitución y del ordenamiento legal?

Compare sus respuestas con el texto y el material de apoyo del módulo, formule conclusiones en torno a la calidad de sus planteamientos.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

A_j

Examine las sentencias que se presentan a continuación, elabore en grupo un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte o del Consejo de Estado y la decisión tomada. Elaborado el resumen impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Asocie las sentencias con puntos coincidentes y aquellas otras con divergencias, sobre temas relacionados con el urbanismo.

Las sentencias son:

Sentencias de la Corte Constitucional: T-530 de 1992 y T-427 de 1998.

Sentencias del Consejo de Estado: Sección Primera, Sentencia 4761 de 19 de diciembre de 2005, M.P. Camilo Arciniegas Andrade; Sección Primera, Sentencia 7706 de 5 de septiembre de 2002, M.P. Olga Inés Navarrete; Sección Primera, Sentencia 4620 de 11 de mayo de 2000, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sección Primera, Sentencia 6501 de 9 de mayo de 2001, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sección Primera, Sentencia 3886 de 6 de abril de 2000, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sección Primera, Sentencia 5528 de 25 de febrero de 2000, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sección Primera, Sentencia 8948 de 4 de agosto de 2005, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sección Primera, Sentencia 5278 de 18 de noviembre de 1999, M.P. Manuel Santiago Urrueta Ayola.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

B_s

ANGEL BERNAL, Martha Lucía. El curador urbano. Medellín: Señal Editora, 2001. Texto de gran relevancia en la medida en que describe el papel desarrollado por los curadores urbanos.

LEMUS CHOIS, Víctor David. Planificación y control urbanístico en Bogotá: Desarrollo histórico y jurídico. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006. Libro de gran importancia, pues hace un detallado estudio tanto histórico como actual del régimen y el procedimiento aplicable en materia urbanística.

Bs

MARTINEZ MUÑOZ, Luis Roberto. *Instrumentos de ordenamiento territorial y Urbano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001. Libro que estudia la trascendencia jurídica del Plan de Ordenamiento Territorial y la importancia de adoptar medidas que lleven a su estricto cumplimiento.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *Derecho Urbanístico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. En esta obra puede apreciarse un estudio del desarrollo legal que ha tenido el derecho urbanístico durante las últimas dos décadas.

5.4. EN DERECHO AMBIENTAL

5.4.1 Marco constitucional

A partir de la nueva Carta Política el derecho del medio ambiente ha propiciado una dinámica de gran trascendencia en las demás ramas del derecho, y por supuesto, en la fenomenología de los derechos de las personas en tanto seres individuales y sociales. En este sentido el derecho a un ambiente sano aparece protegido y garantizado por el artículo 79 constitucional, en cuyo texto se salvaguarda también la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Consecuencialmente se le impone al Estado el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar a la educación para el logro de estos propósitos. Asimismo, en defensa del derecho a un ambiente sano, en tanto derecho colectivo, obran las acciones populares y de grupo en los términos del artículo 88 de la Constitución.

Por estas razones, el Estado tiene el deber de diseñar una serie de pautas legales e infraestructurales con el objeto de racionalizar el uso de los recursos naturales y así cumplir el fin último estatal de garantizar a sus asociados el uso pleno de todos los derechos institucionalizados en el Estatuto Superior. Sobre el particular, los recursos naturales se definen como todos aquellos elementos proporcionados por la naturaleza, los cuales son utilizados por el hombre como materia prima para la elaboración de diferentes productos. Los recursos naturales se subdividen en renovables y no renovables, los primeros conforman el patrimonio natural y tienen una producción cíclica, y los segundos se reducen a la porción de recursos que merced a su carácter pueden agotarse con facilidad, ya que su producción no es periódica⁸⁶.

⁸⁶ Sentencia C-221 de 1997 de la Corte Constitucional. En cuanto a la definición de los recursos naturales expresó:

Como bien se aprecia, el derecho a un ambiente sano es colectivo o difuso, y dada su naturaleza subjetiva es predicable de cada uno de los habitantes del Territorio Nacional. Garantía que tiene la particularidad de que vela por los intereses y necesidades que quienes componen la generación actual y de quienes integrarán las venideras.

Igualmente, el Artículo 80 superior impone también al Estado los deberes de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible⁸⁷, prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales pertinentes y exigir la reparación de los daños causados al ambiente.

5.4.2 Marco legal

Con el propósito de concretar los mentados deberes, la Ley ha establecido una serie de mecanismos tendientes a limitar el ejercicio de algunas actividades económicas, cuyo ejercicio desaforado podría llegar a comprometer ostensiblemente el medio ambiente.

Con base en la anterior premisa fue creada la figura de la licencia ambiental, la cual se encuentra regulada por la Ley 99 de 1993, el Decreto 1220 de 2005 y el Decreto 500 de 2006.

5.4.3. La licencia ambiental

De acuerdo con la Ley 99 de 1993, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la Ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o a introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje; la cual sujeta al beneficiario de ésta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales

& En efecto, el concepto de “recursos naturales no renovables” es de naturaleza técnica y proviene de la ecología y de la economía. Así, muy brevemente se pueden definir los recursos naturales como aquellos elementos de la naturaleza y del medio ambiente, esto es, no producidos directamente por los seres humanos, que son utilizados en distintos procesos productivos. A su vez, los recursos naturales se clasifican usualmente en renovables y no renovables. Los primeros, como se desprende de la bibliografía sobre el tema se caracterizan por cuanto existen en cantidades limitadas y no están sujetos a una renovación periódica por procesos naturales. &

87 Alternativas a través de las cuales se puede satisfacer las necesidades humanas sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras.

del proyecto, obra o actividad autorizada⁸⁸. Mediante sentencia C-894 de 2003, la Corte Constitucional definió la licencia ambiental en los siguientes términos:

“La licencia ambiental consiste en la autorización que la autoridad ambiental concede para la ejecución de una obra o actividad que potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables o el ambiente.

La licencia habilita a su titular para obrar con libertad, dentro de ciertos límites, en la ejecución de la respectiva obra o actividad; pero el ámbito de las acciones u omisiones que aquél puede desarrollar aparece reglado por la autoridad ambiental, según las necesidades y conveniencias que ésta discrecional pero razonablemente aprecie, en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos o impactos ambientales que la obra o actividad produzca o sea susceptible de producir. De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente.”

A partir de la anterior definición surgen los subtemas que se tratan a continuación:

5.4.3.1 Autoridades competentes para emitir la licencia ambiental.

De conformidad con el artículo 2º del Decreto 1220 de 2005, las siguientes autoridades tienen competencia para otorgar o negar la licencia ambiental:

- El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial – MAVT.
- Las Corporaciones Autónomas Regionales y las de desarrollo sostenible.
- Los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón de habitantes dentro de su perímetro urbano.
- Las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002.
- Las entidades territoriales delegatarias de las corporaciones autónomas regionales, salvo cuando se trate de la realización de proyectos, obras o actividades ejecutadas por la misma entidad territorial.

⁸⁸ Decreto 1220 de 2005: Artículo 3º.

5.4.3.2 Competencia de las autoridades ambientales y actividades que están sujetas a licencia ambiental

La competencia de las autoridades ambientales se encuentra regulada en los artículos 8, 9 del Decreto 1220 de 2005, los cuales se pueden resumir en el siguiente cuadro sinóptico:

A) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL

- a) Las actividades de exploración sísmica que requieran la construcción de vías para el tránsito vehicular;
- b) Los proyectos de perforación exploratoria, por fuera de campos de producción de hidrocarburos existentes, de acuerdo con el área de interés que declare el peticionario;
- c) La explotación de hidrocarburos que incluye las instalaciones propias de la actividad y obras complementarias incluidas el transporte interno del campo por ductos y su almacenamiento interno, las vías y demás infraestructura asociada;

1- SECTOR HIDROCARBUROS

- d) El transporte y conducción de hidrocarburos líquidos que se desarrollen por fuera de los campos de explotación que impliquen la construcción y montaje de infraestructura de líneas de conducción con diámetros iguales o superiores a 6 pulgadas (15.24 cm), y el transporte de hidrocarburos gaseosos que se desarrollen por fuera de los campos de explotación y que reúnan las siguientes condiciones: Longitudes mayores de diez (10) kilómetros, diámetros mayores a seis (6) pulgadas y presión de operación superior a veintiocho (28) bares (400 psi), incluyendo estaciones de bombeo y/o reducción de presión y la correspondiente infraestructura de almacenamiento y control de flujo;
- e) Los terminales de entrega y estaciones de transferencia de hidrocarburos líquidos, entendidos como la infraestructura de almacenamiento asociada al transporte por ductos;

La construcción y operación de refinerías y los desarrollos petroquímicos que formen parte de un complejo de refinación.

2- SECTOR MINERO

- a) Carbón: Cuando la explotación proyectada sea mayor o igual a 800.000 toneladas/año;
- b) Materiales de construcción: Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 600.000 toneladas/año;
- c) Metates (sic) y piedras preciosas: Cuando la explotación de material removido proyectado sea mayor o igual a 2.000.000 de toneladas/año;
- d) Otros minerales: Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 1.000.000 toneladas/año.

3- SECTOR ELÉCTRICO

- a) La construcción y operación de centrales generadoras de energía eléctrica con capacidad instalada igual o superior a 100 MW;
- b) Los proyectos de exploración y uso de fuentes de energía alternativa virtualmente contaminantes;
- c) El tendido de las líneas de transmisión del sistema nacional de interconexión eléctrica, compuesto por el conjunto de líneas con sus correspondientes módulos de conexión (subestaciones) que se proyecte operen a tensiones iguales o superiores a 220 KW

4- SECTOR MARÍTIMO Y AEROPORTUARIO

- a) La construcción o ampliación y operación de puertos marítimos de gran calado;
- b) Los dragados de profundización de los canales de acceso a los puertos marítimos de gran calado.

5- PROYECTOS DE LA RED VIAL NACIONAL

- a) La construcción de carreteras;
- b) La construcción de segundas calzadas;
- c) La construcción de túneles con sus accesos.

6 -OBRAS PÚBLICAS EN LA RED FLUVIAL NACIONAL:

- a) La construcción de puertos;
- b) El cierre de brazos y madre viejas activos;
- c) Los dragados de profundización en canales navegables y en áreas de deltas.

7- OTRAS ACTIVIDADES:

- Construcción de presas, represas o embalses con capacidad mayor a 200 millones de metros cúbicos de agua.
- Generación de energía nuclear.
- Vías férreas.
- Operación de distritos de riego y/o drenaje con coberturas superiores a 20.000 hectáreas.
- Aeropuertos internacionales.
- La importación y producción de pesticidas y de aquellas sustancias, materiales o productos sujetos a control en virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales. La importación de plaguicidas químicos de uso agrícola, se ajustará al procedimiento señalado en la Decisión Andina 436 del Acuerdo de Cartagena y sus normas reglamentarias. Tratándose de Organismos Vivos Modificados - OVM, se aplicará en su evaluación y pronunciamiento únicamente el procedimiento establecido en la Ley 740 de 2002⁸⁹, y en sus decretos reglamentarios.
- Los proyectos, obras o actividades que afecten las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.
- Los proyectos que adelanten las corporaciones autónomas regionales a que hace referencia el inciso segundo del numeral 19 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993.
- Los proyectos que requieran trasvase de una cuenca a otra con corrientes de agua que excedan de 2m³/segundo durante los períodos del mínimo caudal.

⁸⁹ Por medio de la cual se aprueba el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Montreal el 29 de enero de 2000.

- La introducción al país de parentales, especies, subespecies, razas o variedades silvestres foráneas con fines de reproducción y comercialización para establecerse o implantarse en medios naturales o artificiales, que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida silvestre. La licencia ambiental contemplará la fase de investigación o experimental y la fase comercial. La fase de investigación involucra las etapas de importación del pie parental, la instalación o construcción del zoo-criadero y las actividades de investigación o experimentación del proyecto. Para autorizar la fase comercial se requerirá modificación de la licencia ambiental.

B) CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES:

Las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los Grandes Centros Urbanos y las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002⁹⁰, otorgarán o negarán la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades, que se ejecuten en el área de su jurisdicción:

1- SECTOR MINERO

- a) Carbón: Cuando la explotación proyectada sea menor a 800.000 toneladas/año;
- b) Metales y piedras preciosas: Cuando la explotación proyectada de material removido sea menor a 2.000.000 de toneladas/año;
- c) Otros minerales: Cuando la explotación de mineral proyectada sea menor a 1.000.000 de toneladas/año

2- SECTOR ELÉCTRICO

- a) La construcción y operación de centrales generadoras con una capacidad mayor o igual a 10 MW y menor de 100 MW;
- b) El tendido de líneas del sistema de transmisión, conformado por el conjunto de líneas con sus equipos asociados que operan a tensiones menores de 220 KV y que no pertenecen a un sistema de distribución local

⁹⁰ Por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

3- SECTOR MARÍTIMO Y PORTUARIO

- a) La construcción, ampliación y operación de puertos marítimos que no sean de gran calado (Son aquellos terminales marítimos cuya capacidad para movilizar carga es igual o superior a 1.500.000 toneladas al año y que además cuenten con un calado igual o superior a 27 pies);
- b) Los dragados de profundización de los canales de acceso a los puertos que no sean considerados como de gran calado;
- c) Construcción de rompeolas, tajamares, canales y rellenos hidráulicos;
- d) La estabilización de playas y entradas costeras;
- e) La creación de playas artificiales y de dunas.

4- PROYECTOS EN LA RED VIAL SECUNDARIA Y TERCIAIA

- a) La construcción de carreteras;
- b) La construcción de nuevas calzadas;
- c) La construcción de túneles con sus accesos

5- EJECUCIÓN DE OBRAS DE CARÁCTER PRIVADO EN LA RED FLUVIAL NACIONAL

- a) La construcción y operación de puertos;
- b) El cierre de brazos y madre viejas en la red fluvial;
- c) La construcción de espolones;
- d) Los dragados de profundización en canales navegables y en áreas deltas.

6- INDUSTRIA MANUFACTURERA PARA LA FABRICACIÓN DE:

- a) Sustancias químicas básicas de origen mineral;
- b) Alcoholes

c) Ácidos inorgánicos y sus compuestos oxigenados.

7- LA CAZA COMERCIAL Y EL ESTABLECIMIENTO DE ZOOCRIADEROS CON FINES COMERCIALES.

La licencia ambiental contemplará las fases experimental y comercial. La fase experimental incluye las actividades de caza de fomento, construcción o instalación del zoo-criadero y las actividades de investigación del proyecto. Para autorizar la fase comercial se requerirá modificación de la licencia ambiental. Cuando las actividades de caza de fomento se lleven a cabo fuera del área de jurisdicción de la entidad competente para otorgar la licencia ambiental, la autoridad ambiental con jurisdicción en el área de distribución del recurso deberá expedir un permiso de caza de fomento de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente. De igual forma, no se podrá autorizar la caza comercial de individuos de especies sobre las cuales exista veda o prohibición.

Las corporaciones autónomas regionales solamente podrán otorgar licencias ambientales para el establecimiento de zoo-criaderos con fines comerciales de especies exóticas en ciclo cerrado, para tal efecto, el pie parental deberá provenir de un zoo-criadero con fines comerciales que cuente con licencia ambiental y se encuentre debidamente autorizado como predio proveedor.

8- OTRAS ACTIVIDADES:

- La construcción de presas, represas o embalses cualquiera sea su destinación con capacidad igual o inferior a 2000 millones de metros cúbicos de agua.
- La construcción y operación de aeropuertos del nivel nacional y de nuevas pistas en los mismos.
- La construcción de vías férreas regionales y variantes de estas.
- La construcción y operación de instalaciones cuyo objeto sea el almacenamiento, tratamiento, aprovechamiento, recuperación y/o disposición final de residuos o desechos peligrosos.
- La construcción y operación de rellenos sanitarios.
- La construcción y operación de sistemas de tratamiento de aguas residuales que sirvan a poblaciones iguales o superiores a 200.000 habitantes.

- Los proyectos cuyo objeto sea el almacenamiento de sustancias peligrosas, con excepción de los hidrocarburos.
- La construcción y operación de distritos de riego y/o drenaje para áreas mayores o iguales a 5.000 hectáreas e inferiores o iguales a 20.000 hectáreas.
- Los proyectos que requieran transvase de una cuenca a otra de corrientes de agua igual o inferior a 2 m³/segundo durante los períodos de mínimo caudal.

C) procedimiento para tramitar la licencia ambiental

El procedimiento para obtener una licencia ambiental⁹¹ puede sintetizarse así:

(i) De acuerdo con la actividad que se pretende adelantar, se debe determinar la autoridad competente para decidir sobre la solicitud encaminada a saber si el proyecto, obra o actividad requiere o no de la elaboración y la presentación de un diagnóstico ambiental de alternativas.

El diagnóstico ambiental de alternativas tiene como finalidad suministrar a la Administración la información necesaria para evaluar y comparar las diferentes opciones presentadas por el usuario o usuaria a partir de las cuales sería posible desarrollar el proyecto, obra o actividad que requiere la licencia. Cada una de las opciones planteadas debe tener en cuenta el entorno geográfico, sus características ambientales y sociales, el análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad, y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación⁹² para cada una de las alternativas. El diagnóstico⁹³ deberá contener:

- Objetivo y alcance del proyecto, obra o actividad.
- La descripción del proyecto, obra o actividad.
- La descripción general de las alternativas de localización del proyecto, obra o actividad caracterizando ambientalmente el área de interés e identificando las áreas de manejo especial, así como también las características del entorno social y económico para cada alternativa presentada.

⁹¹ Sentencia C-035 de 1999 de la Corte Constitucional.

⁹² Son las medidas tendientes a minimizar los impactos y efectos negativos de un proyecto, obra o actividad sobre el medio ambiente.

⁹³ Decreto 1220 de 2005. Artículos 16,17 y 18.

- La información sobre la compatibilidad del proyecto con los usos del suelo establecidos en el Plan de Ordenamiento Territorial –POT-.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 2201 de 2003, o la norma que lo modifique o sustituya.

- La identificación y análisis comparativo de los potenciales riesgos y efectos sobre el medio ambiente y los recursos naturales renovables para las diferentes alternativas estudiadas.

- Identificación de las comunidades y de los mecanismos utilizados para informarles sobre el proyecto, obra o actividad.

- Selección y justificación de la mejor alternativa.

- Un análisis costo-beneficio ambiental de las alternativas.

(ii) Dentro de los quince (15) días siguientes a la radicación de la solicitud, mediante Acto Administrativo la autoridad competente determinará si el proyecto requiere o no de la elaboración y presentación del diagnóstico.

(iii) En el evento de requerirse el diagnóstico ambiental de alternativas, en el mismo Acto Administrativo deberán precisarse los términos de referencia para su elaboración (cuando para el sector no hayan sido previamente establecidos).

Los términos generales son aquellos lineamientos que las autoridades ambientales establecen para la elaboración y ejecución de los estudios ambientales que deberán ser presentados posteriormente por los usuarios o usuarias con el fin de tramitar la licencia ambiental.

(iv) Presentado el diagnóstico, la autoridad ambiental competente deberá expedir el acto de iniciación del trámite en un término de 10 días hábiles siguientes a la radicación del mismo, el cual se publicará y notificará con observancia de lo previsto en el artículo 70 de la Ley 99 de 1993⁹⁴.

94 ARTÍCULO 70. DEL TRÁMITE DE LAS PETICIONES DE INTERVENCIÓN. *La entidad administrativa competente al recibir una petición para iniciar una actuación administrativa ambiental o al comenzarla de oficio dictará un acto de iniciación de trámite que notificará y publicará en los términos de los artículos 14695 y 15696 del Código Contencioso Administrativo y tendrá como interesado a cualquier persona que así lo manifieste con su correspondiente identificación y dirección domiciliaria. Para efectos de la publicación a que se refiere el presente artículo toda entidad perteneciente al Sistema Nacional Ambiental publicará un Boletín con la periodicidad requerida que se enviará por correo a quien lo solicite.*

(v) La autoridad ambiental competente, en un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir de la expedición del auto de iniciación de trámite, elegirá la alternativa o las alternativas sobre las cuales debe elaborarse el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental y fijará los términos de referencia para la elaboración del mismo.

(vi) En caso de no requerirse el diagnóstico, en el prenotado Acto Administrativo se expedirán los términos de referencia para la elaboración del estudio de impacto ambiental (cuando estos no hayan sido previamente establecidos para el sector).

Los estudios de impacto ambiental son el instrumento por excelencia para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieran licencia ambiental; por lo tanto, este requisito debe cumplirse en todos los casos. Este estudio debe contener:

- 1) Objeto y alcance del estudio.
- 2) Un resumen ejecutivo de su contenido.
- 3) La delimitación del área de influencia directa e indirecta del proyecto, obra o actividad.
- 4) La descripción del proyecto, obra o actividad, la cual incluirá: localización, etapas, dimensiones, costos estimados, cronograma de ejecución, procesos, identificación y estimación básica de los insumos, productos, residuos, emisiones, vertimientos y riesgos inherentes a la tecnología a utilizar, sus fuentes y sistemas de control. La información sobre la compatibilidad del proyecto con los usos del suelo establecidos en el POT.

Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 2201 de 2003⁹⁵.

- 5) La información sobre los recursos naturales renovables que se pretenden usar, aprovechar o afectar para el desarrollo del proyecto, obra o actividad.
- 6) Identificación de las comunidades y de los mecanismos utilizados para informarles sobre el proyecto, obra o actividad.

⁹⁵ Por el cual se desarrolla el artículo 10 de la Ley 388 de 1997 que desarrolló la facultad de los Consejos Municipales de reglamentar los usos del suelo.

7) La descripción, caracterización y análisis del medio biótico, abiótico, socioeconómico en el cual se pretende desarrollar el proyecto, obra o actividad.

8) La identificación y evaluación de los impactos ambientales que puedan ocasionar el proyecto, obra o actividad, indicando cuáles pueden prevenirse, mitigarse, corregirse o compensarse.

9) La propuesta de Plan de Manejo Ambiental del proyecto, obra o actividad que deberá contener lo siguiente:

- Las medidas de prevención, mitigación, corrección y compensación de los impactos ambientales negativos que pueda ocasionar el proyecto, obra o actividad en el medio ambiente y/o a las comunidades durante las fases de construcción, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono y/o terminación del proyecto obra o actividad;

- El programa de monitoreo del proyecto, obra o actividad con el fin de verificar el cumplimiento de los compromisos y obligaciones ambientales durante la implementación del Plan de Manejo Ambiental, y verificar el cumplimiento de los estándares de calidad ambiental establecidos en las normas vigentes. Así mismo, evaluar mediante indicadores el desempeño ambiental previsto del proyecto, obra o actividad, la eficiencia y eficacia de las medidas de manejo ambiental adoptadas y la pertinencia de las medidas correctivas necesarias y aplicables a cada caso en particular;

- El plan de contingencia el cual contendrá las medidas de prevención y atención de las emergencias que se puedan ocasionar durante la vida del proyecto, obra o actividad;

- Los costos proyectados del Plan de Manejo en relación con el costo total del proyecto obra o actividad y cronograma de ejecución del Plan de Manejo.

(vii) En cualquiera de las hipótesis planteadas atrás, deberá presentarse el correspondiente estudio de impacto ambiental, el cual deberá estar acompañado del formato único de solicitud de licencia ambiental, con el siguiente contenido:

- Los datos del solicitante.

- La relación de los recursos naturales renovables que requiere utilizar para el desarrollo del proyecto.

- La manifestación de afectación o no al Sistema de Parques Nacionales Naturales⁹⁶, sus zonas de amortiguación⁹⁷, cuando estas estén definidas, o a otras áreas de manejo especial⁹⁸.

- Plano de localización del proyecto, obra o actividad, con base cartográfica del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC;- Poder debidamente otorgado cuando se actúe por medio de apoderado.

Certificado de existencia y representación legal para el caso de persona jurídica.

- Descripción explicativa del proyecto, obra o actividad, que incluya por lo menos su localización, dimensión y costo estimado de inversión y operación.

- Descripción de las características ambientales generales del área de localización del proyecto, obra o actividad.

- Información sobre la presencia de comunidades localizadas en el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad propuesta.

- Certificado del Ministerio del Interior y de Justicia sobre comunidades indígenas y/o negras tradicionales.

- Autoliquidación y dos (2) copias de la constancia de pago por los servicios de evaluación de la licencia ambiental, para las solicitudes radicadas ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

El estudio de impacto ambiental en original y medio magnético.

(viii) Radicada la información, la autoridad ambiental respectiva tendrá diez (10) días para verificar si la documentación está completa, expedir el auto de iniciación de trámite y comprobar que se haya pagado el servicio de evaluación⁹⁹.

(ix) Cumplido el término anterior, dentro de los 20 días hábiles siguientes la Administración podrá solicitar al interesado la información adicional que

96 Decreto 2811 de 1974: ARTÍCULO 327. Se denomina sistema de parques nacionales el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que, en beneficio de los habitantes de la nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías que adelante se enumeran.

97 Son aquellas zonas ubicadas en la periferia que ayudan a atenuar las perturbaciones que pueda causar la acción humana.

98 Decreto 2811 de 1974: ARTÍCULO 308. Es área de manejo especial la que se delimita para administración, manejo y protección del ambiente y de los recursos naturales renovables.

99 Ver parágrafo del artículo 23 del Decreto 1220 de 2005.

considere indispensable (Este término suspende los términos que tiene la autoridad para decidir acerca del otorgamiento de la licencia).

(x) Una vez el interesado allegue la información requerida, la autoridad competente dispondrá de 15 días hábiles para solicitar a otras autoridades o entidades los conceptos técnicos o informaciones pertinentes que deben ser remitidos en un plazo no superior a 30 días hábiles contados a partir de la fecha de radicación de la comunicación correspondiente.

(xi) Recibida la información, o vencido el plazo del numeral anterior, se debe expedir el auto de trámite que declare que ya se encuentra toda la información necesaria para decidir.

(xii) La autoridad ambiental competente decidirá sobre la viabilidad ambiental del proyecto, obra o actividad y otorgará o negará la respectiva licencia ambiental, en un término no mayor a quince (15) días hábiles, contados a partir de la expedición del citado auto.

(xiii) Contra la resolución por la cual se otorga o se niega la licencia ambiental procede el recurso de reposición ante la misma autoridad ambiental que profirió el acto.

(xiv) Para los efectos de la publicidad de las decisiones que pongan fin a la actuación, se observará lo dispuesto en el artículo 71 de la ley 99 de 1993¹⁰⁰.

(xv) La licencia ambiental deberá contener:

- La identificación de la persona natural o jurídica, pública o privada a quien se autoriza la ejecución o desarrollo de un proyecto, obra o actividad, indicando el nombre o razón social, documento de identidad y domicilio.
- El objeto general y localización del proyecto, obra o actividad.
- Un resumen de las consideraciones y motivaciones de orden ambiental que han sido tenidas en cuenta para el otorgamiento de la licencia ambiental.

¹⁰⁰ ARTÍCULO 71. DE LA PUBLICIDAD DE LAS DECISIONES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa ambiental para la expedición, modificación o cancelación de una licencia o permiso que afecte o pueda afectar el medio ambiente y que sea requerida legalmente, se notificará a cualquier persona que lo solicite por escrito, incluido el directamente interesado en los términos del artículo 44702 del Código Contencioso-Administrativo y se le dará también la publicidad en los términos del artículo 45703 del Código Contencioso-Administrativo, para lo cual se utilizará el Boletín a que se refiere el artículo anterior.

- Lista de las diferentes actividades y obras que se autorizan con la licencia Ambiental.
- Los recursos naturales renovables que se autorizan utilizar, aprovechar y/o afectar, así mismo las condiciones, prohibiciones y requisitos de su uso.
- Los requisitos, condiciones y obligaciones adicionales al Plan de Manejo Ambiental presentado que debe cumplir el beneficiario de la licencia ambiental durante la construcción, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono o terminación del proyecto, obra o actividad.
- La obligatoriedad de publicar el Acto Administrativo, conforme al artículo 71 de la Ley 99 de 1993.
- Las demás que estime la autoridad ambiental competente.

AUTOEVALUACIÓN SOBRE LA LICENCIA AMBIENTAL

Ae

Frente a cada uno de los siguientes casos, sírvase responder las cuestiones correspondientes:

Una persona presenta un escrito de petición al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial –MAVT– en el cual solicita que se le informe sobre la oficina donde puede formular una solicitud de licencia ambiental de un proyecto para la extracción minera (menor a 800 toneladas), cuyos yacimientos están ubicados en los municipios de Sopó y Guasca, donde las autoridades ambientales competentes son las Corporaciones Autónomas Regionales de Cundinamarca y del Guavio, respectivamente. ¿Cómo podría resolver el MAVT el eventual conflicto de competencias?

1) Una persona solicita al MAVT licencia ambiental para producir alcohol etílico. Este ministerio avoca y continúa el trámite correspondiente hasta la notificación del auto de trámite que declara que ya se encuentra toda la información necesaria para decidir acerca de la licencia. Se pregunta: ¿El MAVT es competente para conocer de esta solicitud? De ser negativa su respuesta, ¿sería nula la actividad desplegada por la Administración por incompetencia? ¿Que podría hacer el interesado para lograr que su trámite continúe?

2) Teniendo en cuenta que la licencia ambiental es previa a la implementación y desarrollo de las actividades anteriormente enumeradas, y que en esté

Ae

ámbito no existe el silencio administrativo positivo. ¿Qué mecanismos legales pueden utilizarse para evitar que las autoridades ambientales excedan los términos para expedir la licencia ambiental?

El anterior cuestionario deberá ser resuelto con apoyo en lo dispuesto en la Ley 99 de 1993, en el Decreto 1220 de 2005 y en el Código Contencioso-Administrativo.

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

1) ¿Qué razón práctica tiene el hecho de que en materia ambiental no exista el silencio administrativo positivo?

2) ¿Qué falencias se detectan en el trámite de la licencia ambiental?

3) Teniendo en cuenta el artículo 79 de la Constitución Política, ¿por qué se considera que la licencia ambiental es un mecanismo idóneo de planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales? ¿Cree usted que, en algún momento, este principio podría reñir con el principio de libertad de empresa?

Compare sus respuestas con el texto y el material de apoyo del módulo, formule conclusiones en torno a la calidad de sus planteamientos.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Aj

Examine las sentencias que se presentan a continuación, elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones de la Corte o del Consejo de Estado y la decisión tomada. Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas.

A_j

Reflexione sobre los puntos de coincidencia o discrepancia que se presenten en las providencias examinadas.

Corte Constitucional: - C-058 de 1994, C-035 de 1999, C-894 de 2003

Consejo de Estado: Sentencia de agosto 10 de 2005, radicado No. 1997-03753. M.P. María Helena Giraldo.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

B_s

AMAYA NAVAS, Oscar Darío. LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA DE COLOMBIA. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Este texto resulta relevante para el presente estudio, por cuanto analiza detenidamente cada uno de los artículos de la Constitución Política relacionados con el derecho colectivo al ambiente sano, así como el decreto 2811 de 1974 y la Ley 99 de 1993 y su desarrollo jurisprudencial.

5.5. EN DERECHO ELECTORAL

5.5.1 Marco constitucional del sistema electoral

Uno de los ideales que promovió el constituyente de 1991 fue el correspondiente al concepto de Democracia Participativa, en tanto elemento constitutivo del Estado Social de Derecho y del principio de la soberanía popular, en aras de consolidar espacios de discusión creativa en el seno de la actividad estatal, y en el de la Administración Pública en particular. En esta forma se habría de propiciar un mayor acercamiento entre los ciudadanos y ciudadanas, la política, las instituciones y sus gobernantes.

Antes de la Constitución de 1991 la participación ciudadana estaba limitada a la elección de sus representantes, sin que existiera mayor posibilidad de incidir en las instancias de decisión locales, departamentales o nacionales. A partir de su entrada en vigencia, la Carta Política despejó el camino para el tránsito de una democracia formal o representativa a una más incluyente o participativa, la cual supone un sistema de toma de decisiones y un modelo de comportamiento social y político fundado en el pluralismo, el respeto a las diferencias y la protección de los derechos y libertades públicas. Correlativamente, la Democracia Participativa comprende la responsabilidad política ciudadana

en torno a la toma de decisiones colectivas, aspecto en el cual cobra importancia la participación activa de los ciudadanos y ciudadanas en tanto seres vitales de todo proceso democrático; en otros términos, la importancia de la Democracia Participativa no se agota en el reconocimiento constitucional de tal o cual figura, sino en la materialización de la participación con apoyo en los mecanismos establecidos por la legislación para tal efecto.

El voto es el medio de participación ciudadana por excelencia, sin desconocer otras importantes modalidades como la iniciativa legislativa, la intervención en la discusión territorial y nacional de los proyectos de desarrollo, la veeduría en los servicios públicos domiciliarios a través de los comités de desarrollo y control social, etc. A su vez el voto goza de una doble connotación: constituye un derecho y un deber ciudadano, ya que asegura la participación activa de los ciudadanos y ciudadanas, en la elección de sus principales representantes y en la discusión de ciertos temas gubernamentales, al propio tiempo que comporta unas responsabilidades políticas y sociales, tanto en el orden nacional como territorial.

En torno al principio de participación democrática ha dicho la Corte Constitucional:

“El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. El concepto de Democracia Participativa lleva insita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual. La participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el Sistema Constitucional del Estado colombiano. Ésta implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma

que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social”.¹⁰¹

5.5.2 Marco Legal.

Está comprendido por las disposiciones del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986), la Ley 6° de 1990, las leyes 131, 134, 136 y 163 de 1994, la Ley 403 de 1997 y la Ley 741 de 2002.

5.5.3 Organización electoral.

De acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Política, hacen parte de la Organización Electoral: el Consejo Nacional Electoral - CNE, la Registraduría Nacional del Estado Civil - RNEC, los delegados del Registrador Nacional y los registradores distritales, municipales y auxiliares, con sus respectivos delegados.

El Consejo Nacional Electoral tiene a su cargo la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral, la cual se apoya en el cumplimiento de las siguientes atribuciones constitucionales¹⁰²: (i) elegir y remover al Registrador Nacional del Estado Civil; (ii) conocer y decidir en forma definitiva los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados sobre escrutinios generales y en tales casos hacer la declaratoria de la elección y expedir las credenciales correspondientes; (iii) ser cuerpo consultivo del gobierno, presentar proyectos de acto legislativo, de ley y de decreto en materias de su competencia; (iv) velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos, derechos de la oposición y de las minorías; asegurar el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías y verificar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la publicidad y encuestas de opinión política; (v) distribuir los aportes que de conformidad con la ley están destinados a financiar las campañas electorales y a asegurar el derecho de participación política de los ciudadanos y ciudadanas; (vi) efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar; (vii) reconocer la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos y reglamentar su participación en los Medios de Comunicación Social del Estado; (viii) apoyar la realización de consultas internas de los partidos y movimientos políticos para la escogencia de sus candidatos.

¹⁰¹ Sentencia C-180 de 1994 de la Corte Constitucional.

¹⁰² Artículo 265 CP.

El Consejo Nacional Electoral está integrado por nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno para un período institucional de cuatro (4) años mediante el sistema de cifra repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos. Sus integrantes ostentan la calidad de empleadas y empleados públicos de dedicación exclusiva¹⁰³, se someten al mismo régimen de requisitos, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de las Magistrados y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, pueden ser reelegidos por una sola vez, están sometidos a la prohibición del ejercicio de actividades partidistas y de todo cargo público, sin que en ningún caso estén sometidos al régimen de edad de retiro forzoso¹⁰⁴.

Por su parte, la Registradora o Registrador Nacional del Estado Civil es escogido por los presidentes de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, mediante concurso de méritos organizado con arreglo a la ley. Tiene un período constitucional de cuatro (4) años que rige a partir de octubre¹⁰⁵ 1º de 1994 sin posibilidad de reelección, debe reunir las mismas calidades para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y no haber ejercido funciones en cargos directivos de partidos o movimientos políticos dentro del año anterior a su elección.

Dentro de sus competencias se destaca el cumplimiento de las siguientes funciones relacionadas con la actividad electoral: (i) organizar y vigilar el proceso electoral, dentro del cual ejerce como Secretario del Consejo Nacional Electoral y clavero del arca triclave de la misma corporación; (ii) convocar el Consejo Nacional Electoral; (iii) ordenar investigaciones y visitas para asegurar el correcto funcionamiento de la organización electoral; (iv) nombrar al Secretario General (de filiación política distinta), a los visitadores nacionales, a los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil y a los registradores del Distrito Capital, con aprobación del Consejo Nacional Electoral; (v) aprobar los nombramientos de registradores de capital de Departamento y de ciudades con más de cien mil cédulas vigentes; (vi) resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las sanciones impuestas por los delegados del Registrador Nacional y por los registradores del Distrito Capital; (vii) elaborar y publicar las listas sobre el número de concejales que correspondan a cada municipio, de conformidad con la ley; (viii) organizar la difusión de los resultados electorales con apoyo en los escrutinios parciales

103 Los miembros del CNE son servidores públicos constitucionales, por cuya actividad tienen derecho al reconocimiento de honorarios. Corte Constitucional. Sentencia C 055 de marzo 4 de 1998. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

104 Artículos 15 a 18 del Código Electoral.

105 Artículo 33 transitorio CP.

que efectúen las comisiones escrutadores distritales, municipales y zonales, así como los delegados del Consejo Nacional Electoral.

Las circunscripciones electorales cuentan con la autoridad que, en materia electoral, ejercen los delegados¹⁰⁶ ante el Registrador Nacional del Estado Civil y los registradores distritales¹⁰⁷, municipales¹⁰⁸ y zonales, quienes tienen a su cargo la responsabilidad y vigilancia de la organización electoral en el ámbito correspondiente de su competencia.

5.5.4 Reclamaciones Electorales.

De acuerdo con el Tratadista CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES¹⁰⁹, la reclamación electoral constituye el mecanismo a través del cual los ciudadanos y ciudadanas tienen la oportunidad de impugnar ante las autoridades electorales competentes los resultados arrojados en los escrutinios junto con las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon a éstos y en general al desarrollo de las votaciones.

En materia electoral, las reclamaciones ciudadanas proceden sólo en virtud de expresas causales contempladas en el artículo 192 del Código Electoral, cuyo único momento de presentación corresponde al del escrutinio correspondiente; por tanto, superada dicha etapa de las elecciones cualquier reclamación será considerada extemporánea y la organización electoral no estará obligada a resolverla.

Al respecto, el Consejo Nacional Electoral ha reivindicado los requisitos de las reclamaciones en la materia, al señalar que éstas deben ser escritas, contener en forma clara y precisa la causal o causales que se invocan, estar soportadas en hechos concretos y debidamente sustentadas, so pena de ser rechazadas¹¹⁰.

106 Para ser Delegado del RNEC se requieren las mismas calidades para ser Magistrado del Tribunal Superior o haber ejercido aquél cargo en propiedad por un periodo no inferior a dos (2) años, o haber desempeñado cargos en la Organización Electoral por un término no menor de cinco (5) años, dos de ellos en el nivel ejecutivo o profesional. (Art. 35 CE).

107 Los requisitos para ser Registrador Distrital son los mismos para ser Delegado del RNEC (Art. 43 CE).

108 Las calidades exigidas para ser Registrador Municipal en ciudades con más de 100.000 cédulas vigentes son las requeridas para ser Juez de Circuito, o haber ejercido aquél cargo en propiedad por un periodo no inferior a (2) años, o haber desempeñado cargos en la organización electoral por un término no menor de tres (3) años (arts. 50 y 51 CE). En municipios con número inferior de cédulas vigentes se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener título de bachiller o haber sido empleado de la organización electoral por término no inferior a 1 año (Art. 51 CE).

109 Derecho Electoral Colombiano. Tercera Edición. Editorial LEGIS.

110 Ob. Cit. Capítulo XI De los juicios y reclamaciones electorales.

Las reclamaciones pueden ser presentadas, en forma exclusiva, por los candidatos inscritos, por los apoderados de los candidatos inscritos o por los testigos electorales debidamente acreditados (art. 192 CE), ante las siguientes instancias electorales, en su orden:

- Los jurados de votación (art. 122 CE);
- Las comisiones escrutadoras distritales, municipales y auxiliares (arts. 166 y 193 CE);
- Los delegados del CNE (arts. 192 y 193 CE);
- El CNE por vía de apelación (art. 192, inc. 2º CE).

5.5.5 Causales De Reclamación.

1- Cuando funcionen mesas de votación en lugares o sitios no autorizados conforme a la ley. Esta causal ofrece a los ciudadanos y ciudadanas la garantía de conocer en forma anticipada el lugar donde han de sufragar, aspecto que cobra relevancia en el marco de la transparencia del proceso electoral, con el propósito de evitar cambios sorpresivos que puedan facilitar la manipulación del electorado a efectos de favorecer o perjudicar una determinada opción electoral.

2- Cuando la elección se verifique en días distintos de los señalados por la ley, o de los señalados por la autoridad con facultad legal para este fin.

3- Cuando los dos (2) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de dos (2) de éstos (Ley 163 de 1994, num. 2º, art. 5º). Las actas de escrutinio se reputan válidas con la firma del número de jurados de votación que señala la ley, en alguno de sus ejemplares.

4- Cuando se hayan destruido o perdido los votos emitidos en las urnas y no existiere acta de escrutinio en la que conste el resultado de las votaciones. En torno a esta causal conviene precisar que el desarrollo de las elecciones debe ajustarse en un todo a la plenitud de las ritualidades que comportan el debido proceso electoral; de ahí que el Consejo Nacional Electoral haya destacado en diversos de sus pronunciamientos la importancia de la expedición de documentos electorales tales como las actas de escrutinio¹¹¹, las cuales adquieren valor ante

¹¹¹ Las actas de escrutinio son documentos públicos extendidos por los jurados en la respectiva mesa de votación al término de la jornada de elecciones (Formulario E 14).

la ley, ya que en la hipótesis de la pérdida o destrucción de votos, debe acudirse al resultado de votación consignado en ellas, evento en el cual la votación se reputa válida. Ahora bien, si a más de los votos fueron destruidas las actas de escrutinio, el único camino a seguir es la repetición de la respectiva elección.

En torno al punto cabe resaltar que los boletines expedidos por la Registraduría Nacional del Estado Civil son medios de información electoral susceptibles de modificación en desarrollo del proceso de escrutinio; en otros términos, sólo tienen carácter informativo, por lo que no ostentan la calidad de documentos electorales ni tienen la entidad suficiente para convalidar el resultado de una elección.

5) Cuando el número de sufragantes de una mesa exceda al número de ciudadanos que podían votar en ella. La fijación del número máximo de ciudadanos o ciudadanas que pueden sufragar en cada mesa de votación está a cargo de la RNEC con aprobación del CNE, número en el cual deben incluirse a los jurados de la respectiva mesa. Esta causal hace referencia exclusiva a la cantidad de ciudadanos y ciudadanas que pueden sufragar en un mismo puesto de votación, que no a la calidad de sufragante no residente en el municipio respectivo, hipótesis que se resuelve en el campo del Derecho Penal.

6) Cuando el número de votantes en una cabecera municipal, un corregimiento, una inspección de policía o un sector rural exceda al total de cédulas aptas para votar en dicha cabecera, corregimiento, inspección de policía o sector rural, según los respectivos censos electorales.

7) Cuando los pliegos electorales se hayan recibido extemporáneamente, a menos que el retardo obedezca a circunstancias de violencia, fuerza mayor o caso fortuito, certificados por funcionario público competente, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos. Esta causal se predica de la extemporaneidad en la entrega de los pliegos electorales; esto es, en el evento de que su ingreso al arca triclave se registre con posterioridad al límite horario que previamente haya establecido la organización electoral.

8) Cuando el acta se extienda y firme en sitio distinto del lugar o local en donde deba funcionar la respectiva comisión escrutadora, salvo justificación certificada por el funcionario electoral competente. El objetivo primordial de esta causal consiste en asegurar la publicidad del escrutinio y la transparencia del proceso electoral, a fin de evitar que se coarte el derecho que asiste a los electores y electoras, candidatos y candidatas, apoderados y apoderadas, y testigos autorizados, de presenciar y vigilar el desarrollo de las votaciones y, por ende, el resultado de la elección. Sin embargo, el lugar dispuesto para las elecciones puede

variarse por autorización del Registrador Municipal o auxiliar en su ámbito de competencia, por razones de seguridad, facilidad de acceso al sufragio o por la imposibilidad de efectuar la elección en las instalaciones preestablecidas.

9) Cuando la lista de candidatos y candidatas no se haya inscrito o modificado en la oportunidad legal o cuando los candidatos no hubieren expresado su aceptación y prestado el juramento correspondiente dentro de los términos señalados por la ley para la inscripción o para la modificación, según el caso.

En relación con la inscripción de candidatos a elección popular se destaca que la misma constituye un acto de trámite, tal como en múltiples ocasiones lo ha reivindicado el Consejo de Estado¹¹². En efecto, los actos de inscripción de candidatos y candidatas a cargos de elección popular son actos de trámite; esto es, preparatorios de la elección, cuya declaración constituye el acto definitivo que pone fin al proceso electoral; el cual, en armonía con los artículos 49, 83, 84, 138 y 229 del CCA, es el único sujeto al control jurisdiccional. Por consiguiente, la inscripción de candidatos y candidatas, no es susceptible de demandarse por vía de la acción electoral de manera independiente¹¹³.

Adicionalmente conviene precisar que el acto de inscripción de candidatos y candidatas a cargos de elección popular tampoco es susceptible de ser revocado por ninguna autoridad administrativa, por cuanto las normas que regulan la materia no asignan tal facultad a la RNEC, como tampoco al CNE, aún el evento de advertir la existencia de una inhabilidad. Por lo mismo, ya que la atribución de competencias es expresa y no puede arrogarse por vía analógica, las prenotadas autoridades no están facultadas para proceder con tal fin¹¹⁴.

10) Cuando en un jurado (sic) de votación se computen votos a favor de los candidatos a que se refiere el artículo 151 de este Código. Es la única causal que se refiere a las inhabilidades de los jurados de votación y se configura cuando un jurado guarda una relación de parentesco con uno o más candidatos o candidatas, su cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad, o primero civil. De presentarse la figura, se debe proceder a la exclusión de los votos del candidato o candidata, candidatos o candidatas respectivos.

11) Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella. El error aritmético a

¹¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de enero 22 de 2004, exp. 1087 03. M.P. Filemón Jiménez ochoa.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de abril 26 de 2004, exp. 1477-03. M.P. Darío Quiñónez Pinilla.

que alude la causal comprende aquellos eventos en los que se altera el resultado de la votación por incorrecta estimación de la suma total de votos, o por error en el orden de los renglones en que aparecen los nombres de los candidatos y candidatas, entre otros.

12) Cuando, con base en las papeletas de votación (hoy tarjetas electorales) y en las diligencias de inscripción, aparezca de manera clara e inequívoca que en las actas de escrutinio se incurrió en error al anotar los nombres o apellidos de uno o más candidatos o candidatas. Pueden subsanarse todas aquellas incongruencias que se dejen expresamente consignadas en las actas de escrutinio respecto de los nombres o apellidos de los candidatos; sin embargo, cabe acotar que actualmente las actas de escrutinio de los jurados de votación son documentos preelaborados que evitan que se presente tal situación. En todo caso, de fundarse la reclamación en esta causal y de requerirse la corrección correspondiente, ésta deberá ser decretada en el mismo momento por la Comisión Escrutadora competente; en contraste, por carecer de sustento la reclamación, se procederá a declararla infundada mediante resolución motivada, si se apoyó en las causales del artículo 192 del CE. Si no se fundó en ellas, se deberá proceder a la exclusión de los votos correspondientes.

Las reclamaciones que, con sustento en el artículo 192 del CE, se formulen al momento del escrutinio en las mesas de votaciones serán agregadas a los pliegos electorales como parte del acta general de escrutinio.

5.5.6 Procedimiento especial. Impugnación de inscripción de cédulas de ciudadanía. Trashumancia electoral.

A más de las reclamaciones electorales que las personas habilitadas por la ley pueden presentar ante la organización electoral al término de la jornada de votaciones, existen otros procedimientos especiales de impugnación previos a la fecha de elecciones.

Tal es el caso de la impugnación de cédulas de ciudadanía en la elección de autoridades locales, procedimiento que remite necesariamente al momento en que la persona habilitada para votar inscribe su Cédula de Ciudadanía en una determinada circunscripción territorial.

Antes de profundizar en el trámite regulado por la prenotada resolución, conviene señalar que la inscripción de cédulas comprende el acto mediante el cual un ciudadano o ciudadana solicita al funcionario electoral la inscripción de su Cédula de Ciudadanía para ejercer el derecho al sufragio en el lugar donde

reside, para lo cual debe presentarse en forma personal, exhibir su Cédula de Ciudadanía e imprimir su huella dactilar.

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de la Resolución No. 0424 de 28 de junio de 2000, reglamentó el procedimiento que debe surtir para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas en la elección de autoridades locales. Tal regulación tiene asiento en el artículo 316 de la Constitución Política, el cual prescribe: “En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo Municipio.”

Lo anterior debe interpretarse en armonía con el artículo 40 de la Ley 163 de 1994, “Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral”, la cual dispuso:

“Para efectos de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución Política, la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral

Se entiende que, con la inscripción, el votante declara, bajo la gravedad de juramento, residir en el respectivo municipio.

Si perjuicio de las sanciones penales, cuando mediante procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electora 1, declarará sin efecto la inscripción (...)”

La reglamentación del proceso de inscripción de cédulas busca perfeccionar el trámite electoral y asegurar a través de los órganos electorales que los escrutinios sean el reflejo exacto de los resultados de la voluntad popular expresada en las urnas.

5.5.7. Procedimiento de impugnación de inscripción de cédulas en elección de autoridades locales.

1- Formulación de la Petición. Cualquier persona podrá formular petición escrita ante el Registrador del respectivo Municipio, con el fin de dejar sin efecto la inscripción de cédulas realizadas en contravención de lo prescrito en el artículo 316 de la Constitución Política.

2- Plazo de Presentación. Dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo de inscripción de cédulas fijado previamente por el Registrador Nacional

del Estado Civil, serán recepcionadas las peticiones encaminadas a dejar sin efecto la inscripción de cédulas de ciudadanos o ciudadanas no residentes en el mismo municipio.

3- Requisitos. Las solicitudes que en tal sentido se formulen deberán contener:

1. Nombres y apellidos completos del solicitante o de su apoderado; 2. La exposición clara y precisa de los hechos o de las razones reales en que se apoya, con indicación de los ciudadanos y ciudadanas cuya inscripción objeta por no residir en el Municipio; 3. La relación de las pruebas que pretende hacer valer o de las que solicite se practiquen; 4. La firma de quien presenta la impugnación.

Procede el rechazo de plano por parte del respectivo Registrador en aquellos eventos en los que la petición no determine con precisión el nombre del ciudadano o ciudadanas, ciudadanos o ciudadanas, que presuntamente no residen en el municipio. Igualmente serán rechazadas, mediante acto motivado, las peticiones que no reúnan los requisitos mencionados, las que se presenten extemporáneamente y las que se formulen contra personas indeterminadas, mediante acto a través del cual se le den a conocer al interesado los motivos del rechazo. Por el contrario, serán admitidas aquellas peticiones que reúnan los requisitos señalados en el numeral 3° del artículo primero de la Resolución 424 de 2000.

4- Conocimiento. Los registradores municipales, mediante auto de trámite, avocarán el conocimiento de las impugnaciones dentro de los dos (2) días siguientes a su presentación, las cuales serán admitidas o rechazadas. En el caso de ser admitidas, tales funcionarios o funcionarias deberán informar al Delegado del Registrador Nacional ante la respectiva circunscripción, con el objeto de que éstos nombren la comisión instructora.

Admitida la petición, el Registrador Municipal fijará en la secretaría de su despacho por el término de diez (10) días hábiles, un edicto emplazatorio en el que informe a los ciudadanos y ciudadanas inscritos la solicitud de dejar sin efecto dicha inscripción, con el fin de que acrediten mediante cualquier medio de prueba idóneo la residencia en el respectivo municipio.

5- Conformación de comisión instructora. Una vez informados sobre las peticiones admitidas y dentro de los tres (3) días siguientes, el Delegado del Registrador Nacional del Estado Civil nombrará una comisión instructora conformada por dos (2) funcionarios o funcionarias y por el Registrador Municipal del respectivo lugar, el cual actuará como secretario.

6- Formación y examen de expedientes. Cuando con posterioridad al recibo de la petición se alleguen documentos que tengan relación con la misma actuación, se acumularán de oficio en un mismo cuerpo o expediente, el cual podrá ser revisado en el estado en que se encuentre por cualquier persona.

7- Pruebas. Una vez conformada la Comisión Instructora, mediante auto, decretará las pruebas solicitadas y las que considere necesarias de conformidad con el artículo 175 del CPC., a practicarse en un término máximo de quince (15) días calendario. Vencido éste y dentro de los tres (3) días siguientes la Comisión rendirá informe evaluativo, el cual, junto con el expediente, deberá remitir al Consejo Nacional Electoral, para la determinación pertinente que deberá emitirse mediante resolución motivada, en la que decidirá si deja sin efecto o no las inscripciones materia de investigación, la cual deberá ser notificada de conformidad con el inciso 4° del artículo 44 del CCA. En todo caso, el Registrador Municipal fijará en lugar público de su Despacho copia de la parte resolutive, por un término de cinco días al cabo de los cuales se entenderá surtida la notificación.

En el caso de que se deje sin efecto la inscripción de cédulas en un Municipio por infringir la exigencia constitucional prevista en el artículo 316 superior, éstas se incorporarán al censo electoral del municipio donde el ciudadano o ciudadana “afectado con la medida que resultó probada en la investigación” sufragó en las últimas elecciones.

8- Recursos. Contra esta resolución sólo procederá el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación.

9- Decisión del Recurso. Recibido el recurso será abonado al magistrado ponente del CNE que conoció la investigación.

10- Desistimiento. Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, pero el Consejo Nacional Electoral podrá continuar de oficio la actuación si lo considera necesario para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y ciudadanas, para lo cual expedirá en igual caso resolución motivada.

AUTOEVALUACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO ELECTORAL

Ae

Frente a los casos que se exponen a continuación, sírvase responder las cuestiones correspondientes:

1) En la elección del Alcalde Municipal de Nobsa participan, entre otros, 100 ciudadanos con inscripción de cédula vigente que data de hace 3 años; esto es, desde la anterior elección popular de alcaldes. Al momento de la elección del nuevo Alcalde, 20 de tales ciudadanos ya no residen en el municipio; sin embargo, ejercen el derecho al sufragio a favor de uno de los candidatos en la mencionada jurisdicción. ¿Procede la impugnación de la inscripción de cédulas de los 20 votantes?; ¿son válidos los votos de estas personas no residentes en el municipio?; si el candidato de preferencia de los 20 ciudadanos resulta electo Alcalde Municipal ¿se invalida su elección?; ¿qué procedimiento administrativo puede adelantarse y qué acto es susceptible de demandarse en vía judicial?

2) Al término de la jornada de elecciones, las actas generales de escrutinio municipal correspondientes a la elección del Gobernador de Antioquia son recibidas paulatinamente en la Oficina del Delegado ante el RNEC en la ciudad de Medellín. A medida que se conocen los resultados de la elección en los diferentes municipios el Delegado ante el RNEC para Antioquia emite boletines periódicos, el último de los cuales hace referencia al consolidado del 97% de la votación. Los votos y las actas de escrutinio correspondientes a los resultados de las votaciones en algunos municipios del oriente antioqueño son destruidos por acción de grupos al margen de la ley, por lo que la única prueba de los resultados obtenidos en aquellas localidades quedó consignado en el último boletín que emitió el Delegado de la RNEC. Con apoyo en los hechos descritos, responda las siguientes preguntas: ¿los votos escrutados en los municipios del oriente antioqueño quedan convalidados con el resultado consignado en el último boletín del Delegado de la RNEC?; ¿es válida la elección del Gobernador de Antioquia en el evento de no tener en cuenta los votos que fueron destruidos?; ¿qué acción tienen los candidatos vencidos en el evento de considerar que la votación que fue destruida perjudicó sus intereses?; ¿pueden los candidatos vencidos demandar el último boletín a fin de reivindicar los votos escrutados a su favor en los municipios del oriente antioqueño?; al tenor de lo dispuesto en el CCA ¿pueden demandarse, ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo los cómputos consignados en el último boletín?.

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS



Con base en los temas estudiados, sírvase responder las siguientes preguntas:

1) ¿Cuál es el papel que desempeña la RNEC al término del proceso de elecciones?

2) ¿Puede la organización electoral revocar la declaratoria de una elección de oficio o a petición de parte?

3) ¿Puede cualquier ciudadano o ciudadana impugnar las actas de escrutinio? Explique su respuesta.

4) ¿Un ciudadano o ciudadana puede demandar el último Boletín que expide la RNEC al término del escrutinio a efectos de impugnar una elección?

5) ¿Es requisito de procedibilidad el agotamiento de la vía gubernativa para acudir a la vía judicial en acción electoral?

6) La demanda presentada en aras de la nulidad de un acta de escrutinio, de un registro electoral o de la declaratoria de una elección ¿responde al ejercicio la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA o a la acción electoral que contemplan los artículos 227 a 229 del CCA?

7) ¿Puede desistirse de la demanda presentada en ejercicio de la acción electoral? Justifique su respuesta.

8) La declaratoria de nulidad de la elección del primer renglón de una lista al Congreso de la República ¿tiene por efecto la anulación de los demás integrantes de la lista y viceversa? Explique su respuesta.

Compare sus respuestas con el texto y el material de apoyo del módulo, formule conclusiones en torno a la calidad de sus planteamientos.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

A

Examine las sentencias que se presentan a continuación; elabore un resumen que comprenda los cargos de la demanda, el concepto de violación expuesto por la parte actora, las consideraciones del Consejo de Estado y la decisión tomada. Presente el resumen en el trabajo de grupo e impulsen un debate que les permita expresar comentarios, críticas, conclusiones y recomendaciones jurídicas. Analice si en las sentencias presentadas aparecen temas en torno a los cuales hay concordancias o discrepancias de un pronunciamiento a otro.

Las providencias son: Consejo de Estado, Sala Plena, auto de octubre 21 de 1997, radicación s-7391 IJ. M.P. Mario Alario Méndez; Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de septiembre 1° de 1999, radicado 2292. M.P. Roberto Medina López. Radicado; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de abril 13 de 2000, radicación 2339. M.P. Roberto Medina López; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de abril 22 de 2002, exp. 2000-0807, radicación 2787. M.P. Roberto Medina López; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de septiembre 30 de 2002, exp. 2001-0625, radicado 2979. M.P. Darío Quiñónez Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de abril 26 de 2004, exp. 2003-1477, radicado ACU-1477. M.P. Darío Quiñónez Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de enero 20 de 2006, exp. 2003-2332, radicación 3827. M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

GLOSARIO

G

Arca triclave: Depósito provisto de tres cerraduras o candados destinado a proteger los documentos electorales que sirven de base para efectuar los escrutinios.

Censo electoral: Conjunto de Cédulas de Ciudadanía aptas, correspondientes a electores o electoras que pueden votar en determinado lugar.

Circunscripción electoral: Territorio dentro del cual los votos emitidos constituyen el fundamento para el reparto de los escaños entre candidatos o partidos.

G

Escrutinio: Diligencia que en su oportunidad realizan los jurados de votación, las comisiones escrutadoras y el Consejo Nacional Electoral, para proceder al cómputo de los sufragios, resolver las cuestiones de hecho y de derecho que se aleguen con fundamento en las causales legales de reclamación y hacer las declaratorias de elección a que hubiere lugar. Función pública mediante la cual se verifican y consolidan los resultados de las votaciones.

Tarjeta electoral: Documento en el cual el sufragante, en ejercicio del derecho al voto, marca su preferencia electoral.

Testigo electoral: Ciudadano designado por un candidato o una colectividad política para vigilar las votaciones y presentar reclamaciones ante los jurados de votación en los escrutinios de mesa.

Trashumancia electoral: Acción de inscribir la cédula y votar en lugar distinto a aquel en el que se reside. Constituye un delito contemplado en el Nuevo Código Penal como “fraude en inscripción de cédulas”.

Voto: Manifestación de la opinión de una persona. Es el ejercicio del derecho del sufragio.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Derecho Electoral Colombiano. Bogotá: Editorial LEGIS, tercera edición. El Tratadista presenta un trabajo que busca explicar en forma sistemática y práctica, de cara a la complejidad del sistema electoral colombiano, las características, procedimientos, así como la normativa y jurisprudencia que desarrolla la actividad de la Administración en materia electoral.

Régimen Electoral Colombiano. Doctrina, Normativa y Jurisprudencia. Bogotá: Editorial LEGIS, 2006. Compendio de doctrina, normas y jurisprudencia del sistema electoral colombiano.

*www.registraduria.gov.co
www.andi.org.com*

Impreso en los talleres de
Grafi-Impacto Ltda.
Diciembre de 2007