

JOSÉ LUIS BENAVIDES*
ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN**

La justificación de los recursos administrativos***

The function of the administrative appeals

SUMARIO

Introducción. I. Del privilegio de la revisión previa... A. Antecedentes en el derecho comparado. 1. Origen español de la vía gubernativa. 2. En derecho francés. B. Recursos administrativos como consolidación de la decisión administrativa. 1. Consolidación de influencias. 2. Prueba de la vía gubernativa. 3. Agotamiento de la vía gubernativa. II. ... a un mecanismo de defensa de los derechos de los administrados. A. Los recursos administrativos como un medio de protección de los administrados. B. Los recursos administrativos como instrumento contra la congestión judicial

RESUMEN

Durante la elaboración del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fue discutida la idea de suprimir el requisito de los recursos administrativos previos, que podría carecer de utilidad y ser, por el contrario, un obstáculo al acceso al juez. Con una argumentación somera, el sistema anterior fue mantenido con algunos retoques. ¿Por qué? ¿Se justifica que la administración no pueda ser demandada directamente? Los orígenes de la vía gubernativa permiten determinar las funciones originalmente atribuidas al sistema. Ello no significa que los recursos administrativos no hayan adquirido, con el tiempo, funciones diferentes que justificarían su pervivencia,

* Docente investigador del Departamento de Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y magíster en Ciencias Administrativas de la Universidad de París II, doctor en Derecho Público de la Universidad de París I. Contacto: jose.benavides@uexternado.edu.co

** Docente investigador del Departamento de Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de París II, magíster de la misma Universidad y doctor en Derecho de la Universidad de París II y de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: andres.ospina@uexternado.edu.co

*** Fecha de recepción: 12 de abril de 2012. Fecha de aprobación: 15 de octubre de 2012.

tales como la consolidación de la decisión administrativa, la protección de los administrados y la lucha contra la congestión de la justicia.

PALABRAS CLAVE

Vía gubernativa, recursos administrativos, prerrogativas públicas, autotutela, procedimiento administrativo, derechos de los administrados, acceso a la jurisdicción, congestión de la justicia.

THE FUNCTION OF THE ADMINISTRATIVE APPEALS

ABSTRACT

During the preparation of the new Colombian Code of administrative procedure and judicial review of administrative action, it was considered the idea of suppressing the previous administrative appeal requirement (“*vía gubernativa*”). This suppression would not only turn out useless in practice, but contrary to its purpose, it would also restrain access to the administrative judiciary.

With slight arguments, the former system of administrative procedure was almost unaltered. Why cannot administrative bodies be sued directly? The origins of the “*vía gubernativa*” allow determining the functions originally ascribed to the system. This does not mean that administrative actions have not acquired, with time, different functions that would justify their endurance, such as the consolidation of the administrative decision, the protection of individuals’ rights and the need for judicial celerity.

KEY WORDS

“*Vía gubernativa*”, administrative actions, public prerogatives, administrative self-tutelage, administrative procedure, individuals’ rights, access to administrative justice, judicial mobbing, judicial celerity.

INTRODUCCIÓN

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA o “el nuevo Código”) no contiene, en principio, transformaciones esenciales en relación con los recursos administrativos. Además del abandono de la expresión *vía gubernativa*, la nueva redacción actualiza técnicamente la regulación que el Código Contencioso Administrativo de 1984 (CCA o “el anterior Código”) había concebido bajo el sistema anterior a la Constitución de 1991. Así se completa la lista de las decisiones que carecen de apelación por provenir de órganos superiores distintos de la

administración nacional; tal es el caso de los organismos constitucionales autónomos o territoriales. Además, la nueva regulación incluye la llamada jerarquía funcional, de creación jurisprudencial, que permite la apelación ante autoridades que no son superiores jerárquicos del autor del acto (art. 74 CPACA). El texto introduce también medidas de simplificación, como la posibilidad de omitir la presentación personal cuando el recurrente ya ha sido reconocido en la actuación administrativa, la posibilidad de presentación y notificación por medios electrónicos, la reducción del plazo de ratificación para los recursos presentados por agente oficioso a dos meses (art. 77) y la posibilidad de integración de grupos especializados para resolver los recursos, al interior de las entidades (art. 82). La reforma también comprende mejores condiciones para el administrado, al aumentar el plazo para interponer los recursos de 5 a 10 días siguientes a la notificación de la decisión (art. 76), o al no exigir el pago de las sumas exigidas por el acto recurrido, ni siquiera de la parte que el recurrente reconoce deber (art. 77), así como al permitir la solicitud de pruebas en el recurso de reposición (art. 79).

No obstante, en el trasfondo de estas pequeñas modificaciones, el nuevo Código materializa la transformación en la concepción de los recursos administrativos que reemplaza el antiguo privilegio administrativo tendiente a la revisión previa de los actos administrativos por las autoridades que los profieren antes de acudir al juez, por un refuerzo de las garantías del administrado que obliga a la administración a resolver los recursos, centrada en las críticas que el recurrente le manifiesta.

Apreciar cabalmente el alcance de la reforma y de las nuevas tendencias exige previamente exponer las bases y esencia del tradicional privilegio de la revisión previa (i), para luego avanzar en la explicación de los recursos administrativos como un mecanismo de defensa de los derechos de los administrados (ii).

I. DEL PRIVILEGIO DE LA REVISIÓN PREVIA...

El Código de 1984 conservó la tradicional expresión de *vía gubernativa* para el tratamiento de los recursos en sede administrativa contra las decisiones de la administración. Dicho Código estructuró su primera parte mediante un primer libro, dedicado a los procedimientos administrativos, que comprende a su vez las actuaciones administrativas (tít. i) y la *vía gubernativa* (tít. ii). Las primeras regulan los procedimientos generales para la adopción de los actos administrativos, mientras la *vía gubernativa* trata los recursos que se ejercen contra la decisión, lo que permite abordar luego un título III sobre la conclusión de los procedimientos administrativos, mediante el agotamiento de la *vía gubernativa*. Al final de este recorrido el acto de la administración adquiere su ejecutoriedad y ejecutividad, privilegios particulares y exorbi-

tantes, como manifestación de la voluntad unilateral de la administración que se impone ante los administrados.

Esta estructura del Código pone de presente la incorporación de la *vía gubernativa* como fase final del procedimiento administrativo, que permite llegar a la decisión definitiva adoptada por la administración. La dimensión del alcance de esta etapa del procedimiento exige explorar la influencia que recibimos de los derechos foráneos, para entender así el significado de los recursos administrativos al servicio del acto administrativo. La *vía gubernativa* constituye la última etapa del acto que permite su consolidación, lo que traduce un privilegio de la administración, al permitir que esta revise sus decisiones antes de poder acceder al juez que decidirá de manera definitiva sobre su legalidad.

A. ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO

Nuestro derecho administrativo ha tenido tradicionalmente influencia del derecho francés y del derecho español. La influencia del primero ha sido resaltada con frecuencia. Ella se combina con la tradición heredada del derecho ibérico, influencia directa de la época colonial que no se borró en realidad de un tajo con la independencia. Entender las concepciones de estos dos sistemas resulta esencial para recomponer la concepción de nuestro procedimiento administrativo que no integró automáticamente ninguno de los dos.

1. Origen español de la *vía gubernativa*

GALLEGO ANABITARTE explica con detalle que durante el Antiguo Régimen español existió una oposición fundamental entre dos conceptos: lo gubernativo y lo contencioso, oposición que no fue exclusiva a España¹. Esta separación no significaba, en un principio, la existencia de dos fases sucesivas, frente a un caso. Lo gubernativo y lo contencioso eran sistemas paralelos, contruidos a partir de materias propias. Mientras lo gubernativo se refería a todos los asuntos relativos a la administración y aquellos que le interesan al rey, lo contencioso se refería a asuntos civiles y criminales, aún vinculados con la administración. Esto significaba la inexistencia de un concepto, entonces imposible, de contencioso administrativo. Esta separación existió, si bien no siempre con órganos distintos, sí con procedimientos diferenciados². Lo

1 Dicha separación existió en Alemania con los conceptos de policía y de justicia, y en Francia de contencioso y asuntos que interesan al Rey, asuntos de policía, luego, asuntos administrativos, etc.

2 La Real Pragmática de los Reyes Católicos del 26 de julio de 1502 diferencia los procedimientos gubernativos y contenciosos y, por ejemplo, las Audiencias ejercen las dos funciones pero para cada caso se integran diferentemente y proceden distintamente: "El súbdito tenía ante sí un claro camino: si el asunto era contencioso, lo veía en juicio el Corregidor (Teniente)

gubernativo se componía de una serie de autoridades, de recursos y de procedimientos propios que no tenían posterior recurso ante lo judicial, salvo si afectaban a un tercero, porque en este caso lo gubernativo dejaba de serlo y se volvía contencioso.

Con la creación de la jurisdicción administrativa en 1845³ se posibilita el nacimiento del contencioso administrativo: se separan las funciones simplemente *gubernativas* de las contenciosas referidas a la administración (contencioso administrativas). Estas dos funciones se apartaron además a su vez de las funciones contenciosas de la jurisdicción ordinaria.

Para garantizar la independencia de la administración frente al control ejercido por la jurisdicción administrativa, un procedimiento llamado “incidente sobre la presentación de la demanda” permitía previamente a un alto funcionario determinar si el asunto correspondía a la esfera netamente administrativa (*gubernamental*) o si concernía a un contencioso contra la administración. Este sistema tenía el defecto de conceder a la administración la prerrogativa de definición del acceso al contencioso administrativo. Esto justificó una reforma fundamental según la cual cuando la administración considerara que el asunto concernía a aspectos *gubernativos* el acceso a la jurisdicción administrativa no era impedido, sino retardado⁴. La vía gubernativa previa fue ulteriormente expandida a otros asuntos⁵, e incluso a aquellos de la administración que se ventilaban ante la jurisdicción ordinaria⁶, concepción que en esencia se mantiene en España hasta hoy⁷.

La vía gubernativa tenía así la función preservar las decisiones propias de la administración, evitando la interferencia de los tribunales contenciosos⁸.

o Alcalde Mayor, ‘justicia inferior’, para después apelar a los Tribunales del Reino: Audiencia y Chancillerías. Si, por otro lado, el asunto es gubernativo, económico o político, entonces tras la apelación al Corregidor, cabía la misma Audiencia y Chancillería, que entonces se convertía en ‘cuerpo gubernativo’, al juntarse todos los ministros de las Salas Civiles en una Junta que se llama ‘acuerdo’”: ALFREDO GALLEGU ANABITARTE. *Poder y derecho. Del Antiguo Régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVII a XIX*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 73.

3 Ley de Consejos Provinciales del 2 de abril de 1845 y Ley del 6 de julio de 1845, Decreto del 22 de septiembre de 1845 sobre el Consejo Real.

4 El Decreto del 11 de noviembre de 1851 dispuso que cuando el Ministro determinara que el asunto debería guiarse por lo gubernativo, su decisión solamente “aplaza” temporalmente la decisión contenciosa que le corresponderá al Consejo.

5 Para la Hacienda, ver Real Decreto del 20 de septiembre de 1851: “que no se admitan demandas judiciales contra la Hacienda, sin que se certifique haber precedido reclamación en la vía gubernativa”.

6 Demandas ante la jurisdicción ordinaria en la que se ventilaran intereses del Estado: Real Orden del 9 de junio de 1847.

7 Algunos autores diferencian al interior de la vía gubernativa la vía gubernativa en estricto sentido, y la vía administrativa. La vía gubernativa sería “la resolución previa a los litigios ordinarios en que pueda intervenir la Administración”, mientras que la vía administrativa sería “la resolución previa a los litigios contencioso-administrativos”: MANUEL CLAVERO ARÉVALO. *Estudios de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, p. 185.

8 Este control buscaba “impedir que (dicho Consejo y los provinciales) absorba y usurpe

2. En derecho francés

Esta estructura de la *vía gubernativa* española contrasta con la concepción francesa. En ella, los recursos administrativos constituyen el origen mismo del control jurisdiccional de la administración. Así, el recurso por exceso de poder no es nada distinto que un recurso administrativo que poco a poco se fue separando de la administración y se fue rodeando de garantías procesales. Dicha transformación permitió la distinción entre los recursos administrativos y los recursos jurisdiccionales. Esta separación no fue fácil: con la institución del *Ministro-Juez*, el recurso administrativo se tornó obligatorio en todos los casos, por lo que fue considerado como la primera instancia jurisdiccional, sometida luego a la revisión del Consejo de Estado, en apelación. Pero el abandono de esta concepción en 1889⁹ significó el carácter simplemente facultativo de los recursos administrativos. Por consiguiente, no existe una etapa previa, *administrativa*, exigida necesariamente para acudir al juez. VIDAL PERDOMO destaca esta concepción de protección del administrado por parte de la jurisdicción administrativa, al juzgar las decisiones administrativas unilaterales, en contraste con otras concepciones, como la anglosajona, que buscan una protección anticipada mediante garantías durante el procedimiento administrativo¹⁰.

No obstante, el sistema francés ofrece al administrado la posibilidad de controvertir la decisión administrativa inicial ante la misma administración, lo que otorga a los recursos administrativos una finalidad de consolidación de la decisión administrativa. En este sentido, resulta significativa la caracterización de los recursos. El recurso de reposición, llamado *de gracia*,

las atribuciones (Ministros y Administración activa) diciéndolo por la vía contenciosa lo que (estos o aquella) debían decidir por la vía gubernativa”: Peláez del Pozo. *Tratado teórico práctico de organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, 1849, pp. 190 ss., cit. por GALLEGO ANABITARTE. Ob. cit., p. 154.

9 Consejo de Estado francés, 13 déc. 1889, *Cadot*, Rec., 1148, concl. JAGER SCHMIDT; S., 1892, 3, 17, note HAURIUO.

10 “No deja de observarse también una diferencia entre la orientación que toman el derecho anglosajón y el derecho francés. Si en un campo venció, este es amigo de las proclamaciones solemnes de libertades y derechos, que han tenido repercusión universal, se dice que en el inglés las preferencias están por el lado de los mecanismos prácticos para hacer efectivas esas libertades y derechos. Quizás ello corresponda a un cierto sentido del pragmatismo de que ha estado dotado el espíritu anglosajón. Como consecuencia de esto, si en el derecho anglosajón se perfilan principios que dan protección a los administrados dentro de la vía gubernativa, en el francés se pone más la confianza en la tarea que cumple el Consejo de Estado al revisar las decisiones administrativas. Profundamente convencido de las notables virtudes de la jurisdicción administrativa para la protección de los administrados, el derecho administrativo francés ha confinado durante largo tiempo la organización procedimental al solo terreno de la jurisdicción. Además, él no ha abordado el procedimiento administrativo no contencioso sino a través del contencioso administrativo”: JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 1997, p. 291.

refleja desde su nombre una *concesión* de la administración, al revisar sus actos. Y en cuanto a la apelación, aunque la expresión existe en el vocabulario contencioso, el recurso administrativo se denomina *recurso jerárquico*, lo que denota la relación de subordinación y la decisión tomada finalmente por el jefe de la administración. Además, es muy significativo el alcance de los recursos, en particular de la apelación, que ofrece al superior jerárquico la posibilidad de revisar integralmente el contenido del acto. Al resolver el recurso, el superior jerárquico no está limitado por la *litis* propuesta por el recurrente, lo que excluye la regla procesal de la *non reformatio in pejus*. El apelante único puede ver entonces desmejorada su situación en el trámite de la apelación, incluso por razones de oportunidad o de equidad¹¹.

Al lado de este sistema general de recursos administrativos facultativos, regulaciones especiales han creado alrededor de 140 recursos administrativos obligatorios¹², que deben ser necesariamente interpuestos antes de la presentación de la demanda jurisdiccional. Estos recursos presentan un régimen jurídico que protege los derechos de los recurrentes y que garantiza la instrucción seria del asunto. Sin embargo, en estos casos el superior, al momento de decidir, puede incluso fundarse en hechos posteriores a los que fundamentaron la decisión original del inferior. La doctrina señala que la decisión de la apelación “emana de una autoridad que necesariamente está llamada a pronunciarse, en la hipótesis en que la decisión de su subordinado ha sido contestada”¹³. La respuesta a los recursos administrativos obligatorios constituye así *la* decisión administrativa y por ello tan solo ella es demandable, aun en el caso en que se limite a confirmar la decisión inicial. Situación contraria se presenta en el caso de los recursos administrativos facultativos que hacen subsistir la decisión inicial cuando se limitan a confirmarla.

11 “... sin albergar una contestación jurídica, ciertos recursos administrativos no hacen parte de la función contenciosa: así en los asuntos en los que las autoridades administrativas deciden los recursos fundamentados exclusivamente en razones de oportunidad o de equidad. Esos recursos son la expresión tradicional del tradicional derecho de queja ante las autoridades públicas: llamados a la bondad de las autoridades administrativas y, por lo tanto, no manifiestan el derecho de reclamación contenciosa en la medida en que las autoridades no están sometidas a ninguna obligación al respecto y deciden exclusivamente conforme a la utilidad administrativa”: JEAN-FRANÇOIS BRISSON. *Les recours administratifs en Droit public français*, cit., p. 12.

12 CONSEIL D'ÉTAT. *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Les études du Conseil d'État, Paris, La documentation française, 2008, p. 15.

13 RENÉ CHAPUS. *Droit administratif*, 6ª ed., Paris, Montchrestien, 1992, p. 594.

B. RECURSOS ADMINISTRATIVOS COMO CONSOLIDACIÓN DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA

1. Consolidación de influencias

Nuestro sistema conservó múltiples elementos de estas concepciones. Así, la *vía gubernativa* constituye un paso previo obligado, un requisito de procedibilidad, para acceder al juez de lo contencioso administrativo. No obstante, ello no impone la autorrevisión sistemática de las decisiones administrativas, por cuanto tan solo el recurso de apelación es obligatorio, por disposición del Código (art. 51 CCA¹⁴). Por consiguiente, el recurrente verá cerrada la vía jurisdiccional si solo interpone el recurso de reposición, si es posible ejercer también el recurso de apelación¹⁵, por no haber agotado la *vía gubernativa*, sin que pueda considerarse un aspecto formal, saneable, incluso en aplicación del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.)¹⁶.

Es significativo que sea justamente la apelación el recurso que necesariamente ha de interponerse, por cuanto es este el que garantiza que la decisión finalmente adoptada es la que refleja la posición institucional de la entidad autora del acto, siguiendo la lógica del sistema francés de los recursos obligatorios. Ha de recordarse, en este sentido, la estructura jerarquizada de nuestra administración, que determina la adopción de las decisiones definitivas¹⁷. El Consejo de Estado tenía clara esta particularidad de la apelación, como lo establece una sentencia de 1958, cuya explicación didáctica es ilustrativa:

La naturaleza y estructura de los recursos –el de reposición y el de apelación– son totalmente distintas. Este último, como lo dice LUIS ROLLÁN, “consiste, en poner en movimiento por parte de un particular el control jerárquico que podría ser ejercido espontáneamente por el superior”, añadiendo: “como el señor HAURIUO lo destaca justamente, este recurso (el de reposición), difiere del recurso jerárquico puesto que evoca la idea de una simple petición en lugar de corresponder a la idea de poner en movimiento control” (*Précis de Droit Administratif*). El expositor doctor GUILLERMO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ considera que “el recurso de reposición no es propiamente recurso sino un simple pedimento gracioso

14 Art. 76 CPACA.

15 C.E., secc. II, A, sent. 29/05/03, rad. 2493-02; secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II, B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05.

16 C.E., secc. IV, sent. 05/03/99, rad. 9181.

17 Aunque en derecho colombiano la apelación tiende a separarse del principio jerárquico, particularmente a través de la introducción de las llamadas “jerarquías funcionales” o solamente estatuidas para la resolución de los recursos, como sucede en los servicios públicos domiciliarios, regulados por la Ley 142/94: apelación ante la Superintendencia de Servicios de actos referidos a construcción u operación de redes (art. 28); o de actos de las empresas prestadoras de estos servicios (art. 154).

dirigido al mismo funcionario que pronunció la providencia. Y es las más de las veces inútil pues, como lo anotó el doctor TULLIO ENRIQUE TASCÓN en su *Tratado de Derecho Contencioso Administrativo*¹⁸, resulta muy difícil que un mismo funcionario varíe las razones y conclusiones de sus fallos”. El recurso de apelación es necesario dentro de la interpretación jurídica para agotar la vía gubernativa, pues para la mejor administración de justicia deben intervenir dos instancias en el juzgamiento de un mismo problema; y porque en su calidad de recurso jerárquico hace mover –como se ha dicho– el control del superior. Concretándonos más a la legislación colombiana, es de advertir que la necesidad del recurso de apelación para instaurar demanda contenciosa se hace patente al considerar que, faltando una carrera administrativa bien organizada, es indispensable que los negocios de esa índole los pueda conocer en segunda instancia un superior, pues es bien sabido que no siempre los funcionarios administrativos de la primera instancia tienen la suficiente idoneidad. En Francia, país en donde el derecho administrativo ha tenido su cuna y en donde ha sido más profundizado, se exigió en 1880 –según dice HAURIUO– acudir al superior jerárquico administrativo antes de acudir a la jurisdicción contenciosa. De esa fecha en adelante ya no se exigió tal cosa y se admiten directamente los recursos ante lo contencioso, de las decisiones de las autoridades inferiores. Esto se explica precisamente porque en Francia existe una carrera administrativa y el Consejo de Estado puede confiar en la idoneidad de aquellos funcionarios evitando la dilación de los procesos con una instancia más que no se encuentra necesaria; y porque allí –en virtud precisamente de su carrera administrativa– el Prefecto, *v. gr.*, es un funcionario de carrera y el Ministro puede no serlo. Sin embargo, como se ha visto, sólo hasta el año de 1880 se permitió prescindir del recurso jerárquico administrativo. En el caso de Colombia está en ese primer período; nuestro derecho administrativo es todavía incipiente y nuestros funcionarios hasta ahora empiezan a tratar de perfeccionarse en esa ciencia. De donde resulta que es imprescindible que sus actos los revise un superior. De todo lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que para acudir a la Jurisdicción Contenciosa es necesario haber interpuesto el recurso de apelación pero no el de reposición; y como corolario, cuando el acto administrativo no tenga el primero de tales recursos, la sola ejecutoria es suficiente para agotar la vía gubernativa. Se exceptúan aquellos actos administrativos a los cuales la ley les ha señalado expresamente la exigencia de la reposición¹⁹.

Reforzando esta concepción de los recursos como cristalización de la decisión definitiva de la administración, el Código de 1984 ordena motivarlos no solo en los fundamentos de hecho y de derecho, sino también en los de conve-

18 TULLIO ENRIQUE TASCÓN, *Derecho Contencioso Administrativo colombiano*, Bogotá, Editorial Cromos, 1946 (nota fuera del texto original transcrito).

19 C.E., Sala de Negocios Generales, sent. 05/09/58, rad. 19580905.

nencia, de ser el caso. El mismo artículo 59, que así lo consagra, prescribe que el contenido de la decisión que resuelve el recurso en *vía gubernativa* ha de precisar no solo todas las cuestiones que hayan sido planteadas durante el recurso, sino también las que surjan con motivo del recurso mismo, aunque no hayan sido planteadas antes.

Art. 59 CCA (mod. Dcto. 2304/89, art. 6). Concluido el término para practicar pruebas, y sin necesidad de auto que así lo declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia si es del caso.

La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes²⁰.

En estas condiciones, la decisión de los recursos en vía administrativa (*gubernativa*) tiene un alcance y una finalidad diferente a la función ejercida por la jurisdicción cuando resuelve la demanda contra el respectivo acto administrativo en firme. La amplitud de la competencia de la administración permite sustentar la resolución del recurso (y con ella la decisión definitiva) en razones de conveniencia, cuando el juez administrativo tan solo puede controlar y fundar su decisión en fundamentos de legalidad del acto (art. 84 CCA²¹).

En la misma lógica, la decisión del recurso no está regida de manera general por el principio de la *non reformatio in pejus*, según el cual no se puede desmejorar la situación del apelante único. El Consejo de Estado controla la congruencia de la decisión final de ciertas decisiones sancionatorias frente al acto de acusación o pliego de cargos formulados durante la instrucción, como ocurre en los procesos disciplinarios o en ciertos procesos sancionatorios de la DIAN²². Pero ello no obsta para que rechace de manera general la aplicación del principio de la *non reformatio in pejus*.

En primer lugar, la jurisprudencia resalta que el principio se predica de los procesos judiciales y que la Constitución lo previó, más concretamente, para los juicios penales (art. 31 C.P.). Por consiguiente, para que el principio “tenga operancia en otros campos, es menester que así se haya consagrado expresamente”, como ocurre en el caso del procedimiento disciplinario de los

20 El artículo 80 CPACA exige que la decisión de los recursos sea motivada y, a diferencia del anterior Código, no precisa que es posible motivar sobre razones de conveniencia. De igual manera, precisa que la decisión debe responder a las peticiones *oportunamente* formuladas y las que surjan con motivo del recurso.

21 Concepción conservada por el artículo 137 CPACA.

22 C.E., secc. IV, sent.08/09/00, rad. 10493.

médicos en el que la Ley 23 de 1981, que lo rige, establece expresamente la remisión al Código de Procedimiento Penal, en el que se reitera el principio²³.

El Consejo de Estado ha considerado que la regla general es la siguiente:

... al conocer del recurso de apelación, [la administración] puede ejercer su competencia funcional sin limitación alguna sobre la decisión administrativa impugnada. [...]

[...] es claro para la Sala que en la vía gubernativa la Administración puede corregir los errores en que haya incurrido el funcionario de inferior jerarquía al expedir el acto recurrido, lo cual permite que el *ad-quem* pueda llegar a modificar la decisión administrativa que haya adoptado el *ad-quo*, así esto traiga como consecuencia la aplicación de una sanción mayor a quien actuó como impugnante respecto del acto de primera instancia, cuando lo que se vislumbra es el desconocimiento abierto de la ley²⁴.

En el caso de esta decisión, el superior agravó la multa impuesta por el inferior jerárquico en la decisión impugnada y decretó las medidas nuevas de sellamiento y suspensión de una obra, lo que no había sido decidido inicialmente. La Sala destaca así que la expresión del artículo 59 CCA otorga plena competencia para la decisión del recurso: “La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes”²⁵.

En igual sentido, la alta corporación encontró lícito que el superior jerárquico revocara una liquidación de deudas realizada por un liquidador financiero, lo que desmejoró la situación de la entidad liquidada. El Consejo de Estado resaltó que, no habiendo acto definitivo en firme, no existía restricción a la revocatoria de un acto individual²⁶.

2. Pruebas en la vía gubernativa

También es determinante el manejo de la prueba durante el trámite de los recursos. El artículo 56 CCA prescribe que estos se deciden de plano. Tan solo en la apelación se autoriza al recurrente solicitar pruebas, tal vez por la importancia de ofrecer al superior jerárquico todos los elementos para

23 CE, secc. I, sent. 14/03/02, rad. 5863.

24 C.E., secc. I, sent. 06/07/01, rad. 6570.

25 Veremos en la segunda parte a qué punto el cambio en la redacción de esta fórmula en el nuevo Código (art. 80 CPACA) restringe la amplitud de la competencia de la administración.

26 Secc. I, sent. 03/09/02, rad. 9040.

adoptar la decisión final. Corresponde entonces a la administración valorar la pertinencia de su decreto, competencia que siempre tiene de oficio, para esclarecer mejor los fundamentos de su decisión. Más aún, incluso en la solicitud de pruebas, en la apelación, el recurrente carece de las garantías esenciales consagradas en el proceso jurisdiccional, en la medida en que el rechazo o decreto de pruebas no es objeto de recurso alguno. En efecto, el capítulo consagrado a las pruebas no prevé recurso alguno y el artículo 49 CCA establece que los recursos no proceden contra los actos de trámite ni contra los preparatorios.

El objetivo de las pruebas así concebido se orienta a ofrecer a la administración los elementos de juicio necesarios para su decisión final unilateral y por ello la jurisprudencia del Consejo de Estado establece que es carga del actor, en la acción jurisdiccional de nulidad del acto, solicitar las pruebas que fueron rechazadas en la vía gubernativa.

Frente a la violación del derecho de defensa en la vía gubernativa, porque no se decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la actora, estima la Sala que la prosperidad de dicho cargo está condicionada a que en la instancia jurisdiccional, en la que obviamente se tiene franca la oportunidad para ello, se pidan y practiquen esas mismas pruebas, u otras pertinentes, a objeto de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida. Resulta, empero, que esa eventual incidencia en el caso presente no se puede medir o ponderar, pues la demandante no solicitó ni aportó pruebas con ese propósito, [...] con lo cual quedó en el limbo el efecto útil, determinante o revelador de los elementos de convicción que no fueron decretados²⁷.

En realidad, podría afirmarse que en ningún caso el rechazo de una prueba, en sí mismo, sea violatorio del derecho de defensa. De ser así, el simple rechazo de una prueba pertinente y conducente daría lugar a la nulidad del acto, como sí ocurre en un procedimiento judicial. El exigir al demandante la solicitud de pruebas no practicadas en la vía gubernativa tiene por finalidad esclarecer los hechos que fundamentan la decisión administrativa o las consideraciones que tuvo la autoridad para adoptarla. Por consiguiente, si al practicadas en sede judicial las pruebas tampoco logran desvirtuar la juridicidad de la decisión administrativa, el acto demandado no será anulado. No es entonces el rechazo de la prueba lo que genera la ilegalidad del acto sino la irregularidad del mismo. Cosa distinta es que el juez puede apreciar

27 C.E., secc. i., sent. 17/03/00, rad. 5583, reiterado en las sentencias de 26/07/01, rad. 6549; 14/02/02, rad. 6917; 03/05/02, rad. 7036; 05/07/02, rad. 7150; 13/11/03, rad. 7766; 30/01/04, rad. 7785; 20/08/04, rad. 8344.

la irregularidad porque la prueba, practicada en sede judicial, le pone de presente que, de haberse practicado en sede administrativa, habría ofrecido a la administración elementos para decidir en otro sentido. El razonamiento puede apreciarse en la jurisprudencia:

Como en esta instancia jurisdiccional los actores no determinaron las pruebas respecto de las cuales la DIAN se abstuvo de pronunciarse; ni cuál era su conducencia o pertinencia, ni de qué manera podría haber cambiado la decisión administrativa en caso de habérselas tenido en cuenta, es del caso reiterar la jurisprudencia (entre otras, las Sentencias de 17 de marzo de 2000, Exp. 5583, 26 de julio de 2001, Exp. 6549, 14 de febrero de 2002, Exp. 7346²⁸ y 31 de enero de 2003, Exp. 6689²⁹)³⁰.

3. Agotamiento de la vía gubernativa, como requisito de procedibilidad del contencioso

Hemos resaltado que los recursos administrativos constituyen un privilegio para la administración cuando su ejercicio es requisito indispensable para poder acudir al juez administrativo, como ocurre con la apelación. Pero, además, el recurrente debe estar atento al cumplimiento estricto de ciertos requisitos y formalidades, cuyo incumplimiento es grave para él por cuanto le cierran las puertas ante el contencioso administrativo.

En primer lugar, el privilegio de la revisión previa también se manifiesta en la congruencia que debe existir entre los argumentos expuestos para la impugnación del acto, en vía gubernativa, y los posteriores alegados en la sede judicial. El Consejo de Estado concibe que el debido proceso, a favor de la administración, impone al recurrente preservar en el proceso contencioso la misma línea de crítica que expuso en la revisión del acto en sede gubernativa³¹. El privilegio de la revisión previa encuentra aquí una manifestación evidente, que pone de presente a cabalidad la condición de requisito de procedibilidad de la acción contenciosa, dada a la vía gubernativa.

El privilegio es más significativo si se recuerda que la vía gubernativa no exige la intervención de un abogado que represente al afectado, pese a lo cual la impugnación realizada será determinante para la futura estrategia contenciosa ante el juez administrativo. No obstante, el principio ha sido objeto de importantes restricciones por la jurisprudencia, como lo veremos en la segunda parte de este análisis.

28 Errada citación de referencia. La correcta es rad. 6917.

29 Estas referencias jurisprudenciales citadas por el Consejo de Estado reproducen algunas las ya referidas en nota anterior, sobre la necesidad de solicitar en vía judicial las pruebas no practicadas en sede administrativa.

30 C.E., secc. I, sent. 02/10/03, rad. 7092

31 C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697; secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05.

En segundo lugar, el recurrente debe tener en cuenta que la inadmisión o el rechazo del recurso por parte de la administración tienen por consecuencia la firmeza definitiva del acto administrativo impugnado, por no haber agotado correctamente la *vía gubernativa*. El administrado tiene entonces la carga procesal importante de impugnarlo correctamente en sede administrativa, so pena de ver frustrada su demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así, el Consejo de Estado consideró irregular la presentación de un recurso por el director de la agencia de una sociedad: aunque el Código de Procedimiento Civil otorga a las agencias la representación judicial³² el Código de Comercio tan solo reconoce representación a los directores de *sucursales* de sociedades y no a los de *agencias*³³.

También es de cuidado la presentación personal del recurso. La sección I del Consejo de Estado ha considerado que ella no es obligatoria. Aunque el artículo 52 CCA exige la presentación personal y por escrito, el artículo 33 del Decreto 2150/95 suprimió “la exigencia de la presentación personal en las actuaciones frente a la administración pública, salvo aquellas exigidas taxativamente en los códigos”³⁴. Sin embargo el nuevo Código (CPACA) reitera implícitamente la exigencia, excepto si “quien lo presenta [el recurso] ha sido reconocido en la actuación”³⁵.

La jurisprudencia ha establecido que la inadmisión o el rechazo *infundado* del recurso exigen al destinatario solicitar al juez administrativo la nulidad de esta decisión, lo que genera, en el evento de prosperar la pretensión, que la sentencia ordene a la administración resolver el recurso interpuesto. Esta forma de restablecer el derecho conlleva sin embargo, para el particular, un nuevo proceso judicial, si controvierte la decisión explícita o ficta del recurso³⁶.

El demandante también tiene que ser cuidadoso en presentar el recurso administrativo en los plazos legales³⁷, sustentando el recurso con la expresión

32 El Consejo de Estado cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, cas. 12/05/77 en este sentido. Art. 49 CPC: “*Sucursales o agencias de sociedades domiciliadas en Colombia*. Las sociedades domiciliadas en Colombia, deberán constituir apoderados con capacidad para representarlas en los procesos relacionados con ellas o sus dependientes, en los lugares donde establezcan sucursales o agencias, en la forma indicada en el artículo precedente; si no los constituyen, llevará su representación quien tenga la dirección de la respectiva sucursal o agencia”.

33 C.E., secc. I, sent. 05/05/05, rad. 1998-23875.

34 C.E., sec. I, sent. 8/11/01, rad. 6985. Cita sentencias de 19/11/98, rad. 4937, y 28/10/99, rad. 5442. En igual sentido, secc. I, sentencias 30/11/00, rad. 6227; 08/11/02, rad. 6985; 12/12/02, rad. 7109.

35 Art. 77 CPACA: “Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos”.

36 C.E., secc. I, sent. 18/02/99, rad. 5016. En igual sentido, secc. i, sentencias 19/11/98, rad. 4937; 28/10/99, rad. 5442; 30/11/00, rad. 6227.

37 El artículo 51 CCA establece el término general de 5 días siguientes a la notificación

concreta de los motivos de inconformidad, como lo exige el Código (art. 52.2 CCA³⁸)³⁹, así como demandar ante el contencioso todos los actos que forman la decisión. A diferencia del caso francés de los recursos obligatorios en los que, como hemos visto, la decisión del recurso constituye el único acto de la administración, en nuestro sistema el acto por el que se resuelve el recurso no substituye el acto recurrido en sede administrativa.

Por consiguiente, el demandante debe impugnar los dos en sede judicial, a menos que el recurso haya revocado el acto original, caso en el cual solo es demandable en último⁴⁰, lo que permitirá dar vida al acto original, si prospera la demanda contra su revocatoria.

Más aún, si la administración no resuelve el recurso interpuesto, el actor debe también demandar el acto negativo presunto, fruto del silencio de la administración⁴¹. No obstante, como la administración no pierde competencia por la ocurrencia del silencio administrativo procesal (art. 60 CCA⁴²), el Consejo de Estado ha considerado procedente la demanda contra la negativa de decidir, originada en una nueva solicitud de pronunciamiento, por parte del interesado⁴³.

La técnica exigida al recurrente es significativamente importante, como se aprecia en las exigencias expuestas y se evidencia en el siguiente pronunciamiento de nuestro alto tribunal de lo contencioso administrativo: el Código de 1984 establece que el recurso de apelación debe interponerse *directamente o en subsidio del de reposición* (art. 51 CCA⁴⁴). Impugnado un acto mediante reposición, la administración confirmó su acto, por lo que el actor interpuso apelación contra la resolución que así resolvió la reposición. La administración puso de presente al recurrente la falta de técnica, pero tramitó la apelación, en aplicación del principio de eficacia, considerando que la apelación se refería al acto original. El Consejo de Estado juzgó sin embargo que el proceder constituía un trámite no previsto en el Código, por lo que sancionó el indebido agotamiento de la vía gubernativa: el actor no

personal, o a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso. El nuevo Código lo amplió a 10 días (art. 76 CPACA). Sobre indebido agotamiento de la vía gubernativa por presentación extemporánea del recurso, C.E., secc. IV, sent. 10/02/05, rad. 14054.

38 Art. 77.2 CPACA.

39 C.E. secc. I, sent. 26/08/04, rad. 0018-01. Indebido agotamiento de la vía gubernativa por no sustentación del recurso. En igual sentido, secc. II, sent. 18/04/96, rad. 12823.

40 Art. 138, inc. 3º CCA: "... Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión".

41 C.E., secc. II, sent. 17/06/04, rad. 13272.

42 Art. 86 CPACA.

43 C.E., secc. II, sent. 17/06/04, cit.

44 Art. 77 CPACA.

había propuesto la apelación en subsidio de la reposición, cerrándole así el acceso a la revisión jurisdiccional del acto⁴⁵.

La caracterización así descrita de los recursos como *vía gubernativa* se condensa en la expresión de la jurisprudencia administrativa:

El agotamiento de la vía gubernativa consiste en términos generales, en la utilización de los recursos previstos en la ley para impugnar los actos administrativos. Con dicha exigencia se persigue que la Administración tenga la oportunidad de revisar sus propias decisiones a fin de que pueda revocarlas, modificarlas o aclararlas, esto es, que las autoridades administrativas puedan rectificar sus propios errores, antes de que sean objeto de proceso judicial⁴⁶.

Esta visión de privilegios del Estado se ha visto sin embargo profundamente transformada por la evolución reciente hacia la concepción de los recursos como verdaderos instrumentos de un Estado social de derecho, recentrados en la protección de los derechos de los administrados.

II. ... A UN MECANISMO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

El Estado social de derecho implica que los privilegios de que goza la administración deben ser sometidos a un control para determinar su justificación. El privilegio solamente se explica en razón de su vínculo con las finalidades que persigue la acción administrativa a través de este privilegio. Dichas finalidades deben ser conformes con aquellas del Estado social. Así, cuando el privilegio es un instrumento de la realización de los fines del Estado social de derecho, resulta más adecuado hablar de una prerrogativa de la administración, que de un privilegio.

En el Estado social de derecho se refuerza la naturaleza simplemente instrumental de los poderes de la administración y, en general, de la administración en sí misma. De igual manera, el valor otorgado a la dignidad humana exige que el administrado no pueda ser a su turno el instrumento de la administración⁴⁷. Así, el administrado sería el instrumento de la administración si su actuación en materia de los recursos administrativos fuera simplemente un medio para la realización de los fines exclusivos de la administración, como es el caso del autocontrol administrativo, y él resultara desprotegido frente los privilegios administrativos.

Bajo esta lógica de la instrumentalización del administrado, los recursos administrativos se concebirían únicamente a favor de la administración, de

45 C.E. secc. I, sent. 03/10/02, rad. 8295.

46 C.E., secc. IV, sent. 10/02/05, rad. 14054.

47 El hombre es un fin en sí mismo, como lo explica el imperativo categórico kantiano.

la disciplina y de la legalidad. Se trataría de un privilegio⁴⁸ del que no gozan los particulares y que consiste en la imposibilidad de ser demandado directamente para corregir sus propios errores⁴⁹ o, simplemente, para retardar el acceso a la jurisdicción. La posición jurídica del administrado en los recursos administrativos no sería objeto de protección, mediante el reconocimiento de derechos procesales, ya que su labor sería simplemente instrumental: dar noticia a la administración de las razones por las que él considera que la administración debería ejercer sus poderes oficiosos de control y que podrían justificar una futura demanda jurisdiccional. Por lo tanto, la administración no estaría obligada a analizar con seriedad en todos los casos los recursos administrativos, a responder a las ‘críticas’ que lanza el administrado o a explicarle el por qué de la decisión.

Hoy en día no es posible afirmar tajantemente que los recursos previos contra los actos administrativos sean únicamente un privilegio de la administración, lo que determinaría su inconstitucionalidad por no respetar, en el fondo, la cláusula del Estado social de derecho. Sin embargo, ello no significa el abandono total de las funciones iniciales de los recursos administrativos, como la del control administrativo que pretende la coherencia final de la acción administrativa o incluso aquella de ser un privilegio de la administración. La evolución de los recursos administrativos ha determinado que exista una superposición de funciones a partir de un régimen jurídico mixto que por momentos está concebido para la protección de los administrados, pero también, a veces, en beneficio de la acción administrativa.

La justificación de los recursos administrativos no se limita hoy en día al carácter de privilegio de la administración. El reconocimiento de los derechos procesales de los administrados en el contexto de los recursos administrativos los justifica como un medio de protección de los administrados que, a su vez, puede contribuir a la lucha contra la congestión jurisdiccional.

48 “... la necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales”: C.C., sent. C-792/06. En un sentido parecido, C.E., secc. IV, sent. 19/02/1999, rad. 9230.

49 Este sistema tiene por “finalidad que la Administración en sede gubernativa y a instancia del administrado, tenga la oportunidad de revocar, confirmar o modificar su decisión previamente a que el acto administrativo sea sometido a control jurisdiccional por vía de la citada acción de nulidad y restablecimiento del derecho”: C.E., secc. II-B, sent. 21/05/09, rad. 4073-05.

A. Los recursos administrativos como un medio de protección de los administrados

El régimen jurídico de los recursos administrativos permite afirmar que una de sus finalidades es la protección de los administrados. Antes de la Constitución de 1991 ya era posible concluir con el Código Contencioso Administrativo que se trataba de mecanismos puestos a disposición de los administrados para defenderse de los actos de la administración. Sin embargo, esta característica fue reforzada por el ímpetu protector y garantista de la Constitución de 1991. En lo que nos interesa, el derecho al debido proceso deja de ser una garantía exclusivamente judicial, y principalmente referida a los asuntos penales, para ser aplicada indistintamente a la jurisdicción y a la administración⁵⁰.

Esta perspectiva constitucional implica una concepción del procedimiento administrativo, determinada por la presencia constante del derecho de defensa del administrado y no solamente referido a una defensa posterior y posible ante los jueces. En este sentido, los recursos de que dispone el administrado para solicitar la modificación o la revocación de los actos administrativos son necesariamente instrumentos del derecho de defensa⁵¹, y para ello resulta indiferente si se trata de un medio de defensa administrativo o jurisdiccional⁵².

El nuevo Código, lo mismo que el de 1984, pone a disposición de los administrados un conjunto de instrumentos de defensa (reposición, apelación y queja⁵³) y regula la manera como estos deben ser ejercidos y como la administración debe recepcionarlos, instruirlos y decidirlos. La protección del administrado se concreta en un procedimiento donde el recurrente está presente, puede solicitar pruebas, incluso en materia del recurso de reposición⁵⁴, a diferencia del anterior Código que limitaba esta facultad al recurso de apelación, y ejerce una contradicción de hechos⁵⁵ y de argumentos. Todo esto hace parte del debido proceso administrativo en cuanto se trata del

50 *Gaceta Constitucional*, n.º 84, p. 8.

51 “El derecho de defensa de los posibles afectados por una decisión de la administración, es garantizado mediante la consagración de la posibilidad de recurrir las decisiones que expida ésta en sede administrativa, antes de acudir a la vía jurisdiccional. Para los administrados, se concreta de dos formas: les permite acudir ante el mismo funcionario que expidió el acto o ante su superior jerárquico, con el fin de que lo revise, modifique o revoque, de ser el caso; y se suspende el carácter ejecutorio del acto mientras se resuelven los recursos interpuestos”: C.E., sent. 432/92, cit. por C-313/03.

52 La “exigencia [de la vía gubernativa] se convierte en un instrumento en favor del administrado, pues se amplía su posibilidad de defensa, no sólo en vía gubernativa, sino posteriormente en vía judicial”: C.E., secc. I, sent. 11/10/06, rad. 3697.

53 Art. 74 CPACA.

54 Art. 79 CPACA.

55 Por ejemplo, la contradicción de los dictámenes periciales se rige por las normas del Código de Procedimiento Civil: secc. 1, sent. 20/09/02, rad. 6382.

procedimiento previsto por las normas. No es de extrañar entonces que se afirme que los recursos administrativos son instrumentos del debido proceso administrativo⁵⁶.

Esta concepción de los recursos administrativos como medios de defensa ha determinado el abandono parcial de los fundamentos técnicos de los recursos administrativos en tanto que instrumentos de disciplina o del control administrativo jerárquico. Así, en vista de ofrecer a los administrados la posibilidad de ejercer el derecho de defensa por medio de mecanismos administrativos, incluso respecto de autoridades que no están sometidas a la jerarquía administrativa, hoy en día existen recursos administrativos que son resueltos por una autoridad que no es el superior jerárquico de aquella que tomó la decisión⁵⁷. De esta manera, los recursos administrativos se alejan de la justificación original como mecanismos del control jerárquico. Entonces, con fundamento en el carácter protector de los recursos administrativos, la jurisprudencia justificó la existencia de una cierta “jerarquía funcional”⁵⁸ o referida exclusivamente a la decisión de los recursos, pero desprovista del conjunto de características de la jerarquía administrativa⁵⁹ y que pretende la protección de los derechos de los administrados, así como de la legalidad⁶⁰.

A pesar de ser los recursos administrativos unos mecanismos de defensa de los administrados frente a los actos de la administración, perviven elementos propios de un sistema de recursos administrativos concebidos como instrumentos del perfeccionamiento de la decisión administrativa. En particular, como hemos reseñado, el administrado que pretenda defenderse de una decisión administrativa adversa podría ver agravada su situación

56 La vía gubernativa es instituida para “garantizar el derecho de defensa y contradicción de los posibles afectados frente a las decisiones administrativas”: C.E., secc. IV, sent. 19/11/98, rad. 8498. En igual sentido, secc. IV, sent. 10/02/05, rad. 14054; secc. I, sent. 11/10/11 de 2006, rad. 3697.

57 Tal es el caso de las apelaciones de las decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios, decididas por la Superintendencia de Servicios Públicos, en virtud del artículo 154 de la Ley 142 de 1994.

58 “... la Superintendencia no tiene carácter de superior de CODENSA S.A. sino únicamente para efectos del recurso de apelación, esto es, se trata de una jerarquía o superioridad funcional restringida, y no orgánica como dicha entidad erróneamente lo ha entendido al equiparar la situación con la que se da en las distintas instancias de la estructura orgánica del Estado, y en pretender extender dicha competencia especial a una figura muy distinta a la de la vía gubernativa y que por lo mismo tiene su propia regulación”: C.E., secc. I, sent. 11/10/07, rad. 571-02.

59 Por ejemplo, el poder de instrucción y de sanción disciplinaria.

60 El fundamento, para la Corte, no es el control jerárquico, sino el control de legalidad: “Por tal razón, se les otorga a los administrados el derecho de utilizar ciertos mecanismos, a través de los cuales ejercen un control de legalidad sobre sus decisiones”; “Por lo tanto, no puede resultar extraño, que pueda resolver por intermedio de la Superintendencia los recursos de apelación de los usuarios que tiendan a garantizar sus derechos y el principio de legalidad en las decisiones que emitan las entidades encargadas de la prestación de los referidos servicios”: C.C., sent. C-263/96.

por la decisión de su recurso. En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha limitado la prohibición de la reforma peyorativa a favor del apelante único, a los casos expresamente previstos en las normas, como en materia disciplinaria⁶¹. Incluso, la jurisprudencia no se ha esforzado en ampliar esta limitación al conjunto de las sanciones administrativas⁶² o, más ampliamente, a todas las decisiones administrativas desfavorables al administrado⁶³. Solamente en materia disciplinaria, la fundamentación de la decisión de un recurso sobre una sanción mediante la inclusión de nuevos reproches constituye una violación del derecho de defensa⁶⁴. Así, para el Consejo de Estado, la prohibición de reforma peyorativa no hace parte del debido proceso administrativo aplicable a todo tipo de procedimiento⁶⁵. Esta jurisprudencia se fundamenta explícita o implícitamente en el hecho de que la decisión objeto del recurso no se encuentra en firme y, por consiguiente, no se han creado derechos para el administrado, como sería de una cierta manera el derecho a no empeorar su situación.

En este tema, el artículo 59 CCA disponía que la autoridad debe resolver las “cuestiones” que hayan sido planteadas y las que surjan con motivo del recurso. El artículo 80 CPACA, conserva la misma estructura de redacción, aunque no limita la decisión del recurso a las cuestiones planteadas, sino a las “peticiones que hayan sido oportunamente planteadas” y las que surjan con motivo del recurso. En este cambio, que parecería ser insignificante, podría vislumbrarse la tendencia a la limitación del poder de reforma peyorativa de la administración: en materia de recursos, las “peticiones” surgen del recurrente y, eventualmente, de una intervención oficiosa de un agente

61 Así en materia de responsabilidad médica disciplinaria: C.E., secc. I, sent. 14/03/02, rad. 5863.

62 La jurisprudencia aceptó la agravación de la multa y la adopción de medidas adicionales tales que el sellamiento y la suspensión de la obra: “al conocer del recurso de apelación, puede ejercer su competencia funcional sin limitación alguna sobre la decisión administrativa impugnada [...]. [E]s claro para la Sala que en la vía gubernativa la Administración puede corregir los errores en que haya incurrido el funcionario de inferior jerarquía al expedir el acto recurrido, lo cual permite que el ad-quem pueda llegar a modificar la decisión administrativa que haya adoptado el a-quo, así esto traiga como consecuencia la aplicación de una sanción mayor a quien actuó como impugnante respecto del acto de primera instancia, cuando lo que se vislumbra es el desconocimiento abierto de la ley”. C.E., secc. I, sent. 06/07/01, rad. 6570.

63 No contraría el debido proceso la revocatoria de una liquidación de deudas de un liquidador financiero que desmejora la situación de la entidad liquidada. La jurisprudencia resalta que al no existir una decisión en firme, la revocatoria es posible: C.E., sec. I, sent. 03/09/02, rad. 9040.

64 El Consejo de Estado reprocha a la Administración de Impuestos Nacionales el haber expuesto en el recurso que la sociedad sancionada había tenido actividades comerciales no declaradas durante un año determinado, cuando no lo había planteado ni tenido en cuenta en el pliego de cargos ni en la resolución sancionatoria inicial: cfr. C.E., secc. IV, sent. 8/09/00, rad. 10493.

65 C.E., secc. I, sent. 14/03/02, rad. 5863.

del Ministerio Público, en defensa del interés general. Pero en términos ordinarios, las peticiones provienen del recurrente, que en el caso de la apelación puede ser apelante único. La administración no podría hacerse ella misma peticiones que dieran lugar a empeorar la situación del recurrente y, por consiguiente, su iniciativa no podría dar lugar a agravar la decisión. La situación cambia cuando no se trata de un apelante único y, por ejemplo, un tercero interesado eleva también oportunamente peticiones, es decir, recurre el acto, pues en este caso las otras peticiones fundamentarían una agravación de la situación del destinatario del acto. Además, el nuevo Código suprime la posibilidad de motivar la decisión del recurso sobre razones de conveniencia, como lo hacía el antiguo Código⁶⁶ y, por lo tanto, la reforma peyorativa no podría fundarse en la conveniencia o no de la agravación de la decisión. Esta tendencia a la restricción de la reforma peyorativa del apelante único resulta coherente con la jurisprudencia constitucional que no solamente ha interpretado de una manera extensiva el carácter de sanción, con el fin de limitar la reforma peyorativa⁶⁷, sino que, además, se ha pronunciado en términos generales afirmando que la prohibición de la reforma peyorativa no se aplica solamente a la materia penal, sino que esta se aplica al conjunto del procedimiento administrativo en materia de recursos administrativos⁶⁸. De esta manera, la reforma peyorativa es considerada una vía de hecho, violatoria del debido proceso administrativo⁶⁹. Esta jurisprudencia resulta coherente con algunas decisiones del Consejo de Estado que han hecho aplicación de

66 El artículo 59 CCA dispone que la decisión del recurso "... se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia, si es del caso".

67 "La actuación de la entidad accionada, de proceder a desmejorar el puntaje obtenido por las demandantes en lo que respecta al factor de experiencia adicional, violó, en los términos expuestos en el punto 3.5.2, los principios de congruencia y de no 'reformatio in pejus' que gobiernan el ejercicio de la función pública y que son aplicables a la actuación administrativa (artículos 31 de la Constitución Política y 59 del CCA), pues hizo más gravosa su situación de apelantes únicas": CC, sent. T-033/02.

68 Para la Corte, la congruencia es una regla que condiciona la competencia otorgada a las autoridades públicas, y en este sentido delimita el contenido de las decisiones que deben proferir, de tal manera que: a) solamente pueden resolver sobre lo solicitado o, b) en relación directa con aspectos vinculados a lo pedido por los interesados y que se encuentren debidamente probados. Este es el alcance que tiene el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo –previamente citado–, mediante el cual se reconoce y delimita el poder decisorio de la Administración en relación con las peticiones presentadas por los administrados en agotamiento de la vía gubernativa, y ello es así, porque de la aplicación de la regla de la congruencia, surge como garantía y derecho de los administrados la prohibición de la no 'reformatio in pejus', institución que se encuentra consagrada en el inciso 2º del artículo 31 de la Constitución, por virtud del cual: 'El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único': CC, sent. T-033/02.

69 "Cuando el administrado interpone un recurso en agotamiento de la vía gubernativa (reposición o apelación), mediante el ejercicio del derecho de petición, se limita el poder decisorio de la Administración, de tal manera que no puede fallar más allá ni por fuera de lo solicitado, pues dicha actuación constituiría una clara vía de hecho por desconocer los derechos constitucionales al debido proceso y a la prohibición de la no 'reformatio in pejus': CC, sent. T-033/02.

la prohibición de la reforma peyorativa por aplicación analógica del Código de Procedimiento Penal, cuando se trata de sanciones administrativas, y del Código de Procedimiento Civil, cuando el recurso de apelación concierne a decisiones administrativas no sancionatorias controvertidas en vía gubernativa⁷⁰. Sin embargo, más que una evolución completa en el sentido de la limitación absoluta de la reforma peyorativa, se trata de una perspectiva que puede desarrollarse en razón de la nueva redacción del Código y, sobre todo, de la consideración de los recursos administrativos como un mecanismo de defensa de los administrados que, en razón del debido proceso, no podría devolverse en su contra para permitir que su situación sea agravada por su propia iniciativa.

La afirmación de los recursos administrativos como garantías⁷¹ y como medios de defensa de los administrados ha significado una transformación de la concepción clásica de la protección de los administrados, que se situaba de manera primordial en el ejercicio de acciones jurisdiccionales contra los actos de la administración. En estas circunstancias, resultaba lógico que la inacción administrativa por la no decisión de los recursos administrativos no podía bloquear indefinidamente el acceso a la jurisdicción, es decir, el acceso primario a la protección. He aquí la razón fundamental de la ficción jurídica que consiste en afirmar que el silencio administrativo crea una decisión implícita⁷² que podrá ser controvertida jurisdiccionalmente.

Sin embargo, el nuevo modelo de caracterización de los recursos como mecanismos de defensa no podía aceptar que esta garantía de los administrados quedara, en la práctica, al arbitrio de la administración quien ha preferido, en demasiados casos, que el tiempo presuma lo que la inacción administrativa no quiso decidir. Así, la jurisprudencia constitucional caracterizó los recursos administrativos como peticiones que se presentan en ejercicio del derecho

70 “Esta Sala ha sostenido íntegramente la aplicabilidad de ese principio [*reformatio in pejus*] no sólo en el proceso administrativo, sino en el procedimiento de la vía gubernativa [...]. Por consiguiente, en la vía gubernativa de actuaciones puramente administrativas, rige el principio de la *reformatio in pejus* por virtud de lo preceptuado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil conforme al cual el recurso se entiende interpuesto sólo en lo desfavorable al recurrente. Muy distinto es el caso frente a actuaciones de índole penal administrativa, porque entonces la aplicación analógica, ha de hacerse con referencia al Código de Procedimiento Penal (Tomo III *Diccionario Jurídico*, p. 567)”: C.E., secc. II, sent. 19/03/87, rad. 9409.

71 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 486.

72 “Advierte la Sala que en esta oportunidad no se trata del silencio administrativo ante peticiones iniciales, doctrinariamente conocido como sustantivo o sustancial, sino del silencio administrativo relativo a los recursos en vía gubernativa, denominado procesal o adjetivo, frente a cuya ocurrencia puede el administrado acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción pertinente o esperar el pronunciamiento de la administración”: C.C., sent. T-355/93.

fundamental previsto en el artículo 23 CP⁷³. Esta calificación hace posible la protección mediante acción de tutela por violación del núcleo esencial del derecho de petición, cuando la administración no resuelve los recursos administrativos. De igual manera, para la jurisprudencia, la ficción jurídica llamada “silencio administrativo” procesal no es una verdadera decisión que responda al derecho fundamental de petición⁷⁴ y, por lo tanto, la decisión que presume la ley no exonera de responsabilidad respecto de la petición no decidida⁷⁵. El nuevo Códigorecoge esta evolución jurisprudencial y afirma formalmente la pertenencia de los recursos administrativo al género de las peticiones⁷⁶. Esta calificación garantiza la efectividad de estos verdaderos mecanismos de defensa que son así, a no dudarlos, derechos de los administrados⁷⁷, no ya súplicas a la administración o simplemente privilegios de la administración, quien no podrá ni impedir el acceso a la jurisdicción ni arrogarse un derecho al silencio, pues este será sancionado⁷⁸.

Esta evolución acerca los recursos administrativos colombianos a la categoría alemana de recursos formales o a la categoría francesa de recursos obligatorios, caracterizados por tener previsto un detallado régimen jurídico que garantiza los derechos de los administrados pero que, a su vez, garantizan la efectividad de los recursos en cuanto al control administrativo ejercido. De esta manera, es posible afirmar que los recursos administrativos dejan de ser un privilegio para convertirse, a la vez, en una prerrogativa de la

73 Art. 23 C.P.: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

74 “... la posibilidad de las autoridades de no contestar reclamaciones o solicitudes que conlleva la configuración del fenómeno del silencio administrativo (arts. 40 a 42 código contencioso administrativo) no debe entenderse como vía expedita para el desconocimiento del núcleo esencial del derecho fundamental de petición”: CC, sent. T-426/92.

75 “La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”: art. 86 CPACA.

76 “Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución. Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá [...] interponer recursos”: art. 13 CPACA.

77 “Precisado de este modo su concepto, hay que reconocer que, en cuanto medios de impugnación de resoluciones definitivas de la Administración, los recursos administrativos constituyen una garantía para los afectados por aquéllas en la medida en que les aseguran la posibilidad de reaccionar contra ellas y, eventualmente, de eliminar el perjuicio que comportan”: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 484.

78 “La no resolución oportuna de los recursos constituye falta disciplinaria gravísima”: art. 86 CPACA.

administración y en un derecho del administrado⁷⁹, el derecho al recurso o *Beschwerderecht*⁸⁰. Esta organización procesal, protectora de los administrados, permite identificar, al mismo tiempo, una contribución de los recursos administrativos a la lucha contra la congestión de la jurisdicción.

B. Los recursos administrativos como instrumento contra la congestión jurisdiccional

La congestión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo fue una de las principales preocupaciones de la Comisión Redactora del nuevo Código que en cierto momento se planteó la posibilidad de transformar la “vía gubernativa” en facultativa, pero dicha posibilidad fue rechazada por el temor a la profundización de la congestión de la justicia⁸¹. Los recursos administrativos previos fueron mantenidos como instrumentos de lucha contra la congestión de la jurisdicción que, gracias a los recursos administrativos, es un instrumento de última opción para la defensa del administrado, mientras que los recursos administrativos son la primera opción⁸². Pero los miembros de la Comisión fueron conscientes de que los recursos administrativos cumplen eficazmente esa función en la medida en que la autoridad administrativa que decide juegue el juego de examinar el recurso y de decidirlo, en lugar de esperar la configuración del silencio administrativo. Así, la Comisión se planteó la necesidad de profundizar las sanciones por la no resolución de los recursos “bajo la óptica de evitar que todo tenga que ir a la jurisdicción y de reconocer derechos legítimos a los ciudadanos con mayor celeridad”⁸³.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado los recursos administrativos como un sustituto de la jurisdicción, que garantiza también el derecho de defensa de los ciudadanos⁸⁴, en el que la administración ejerce

79 “La vía gubernativa no es una gracia otorgada por la administración al particular. Su utilización tiene el doble carácter de derecho del administrado y de etapa que por regla general debe ser agotada en los términos previstos por el Código Contencioso Administrativo para poder acudir a la jurisdicción”: CC, sent. T-294/97.

80 Cfr. OTTO MAYER. *Le droit administratif allemand*, t. 1, Paris, 1903, p. 197.

81 “... la Comisión considera que se debe sopesar la conveniencia de volverla optativa o facultativa para el administrado, porque la medida podría congestionar más la justicia”: “Elementos para un nuevo código contencioso administrativo – Documento de trabajo de la Comisión de Reforma del Código Contencioso Administrativo creada por el Decreto 4820 de 2007”, 6 de mayo de 2008, p. 8, disponible en: [<http://190.24.134.67/pce/publicaciones/ELEMENTOS%20PARA%20UN%20NUEVO%20CODIGO%20CONTENCIOSO%20ADMINISTRATIVO.doc>], consultada el 11 de enero de 2011.

82 “Se defiende esta tesis con argumentos pragmáticos, ya que el agotamiento de la vía gubernativa evita la congestión judicial. Además se estima que no puede permitirse que la Administración traslade su ineficiencia a la jurisdicción, pues la vía judicial debe ser la última opción para el administrado”: *ibíd.*, p. 9.

83 *Ibíd.*, p. 8.

84 “La vía gubernativa se constituye en un mecanismo, que muchas veces es sustituto del

una forma de “justicia interna” ya que puede proceder a la “composición del conflicto planteado” y, de esta manera, el administrado dispone de la posibilidad de obtener una resolución más rápida y menos costosa que la jurisdiccional⁸⁵. Así, los recursos administrativos contribuyen a la disminución de asuntos llevados al conocimiento del juez cuando, a raíz del recurso, el administrado obtiene satisfacción a sus pretensiones, y por lo tanto no tendría ningún objeto acudir posteriormente al juez, o cuando, gracias a la decisión fundamentada del recurso, incluso simplemente confirmativa, el administrado comprende que sus pretensiones no tienen posibilidad de prosperar ante el juez.

La decisión administrativa de los recursos se caracteriza por ser más rápida y eficiente que aquella dispensada por las jurisdicciones⁸⁶. Gracias a la decisión seria de los recursos, la administración reduce los riesgos patrimoniales de una eventual condena jurisdiccional, agravada por el paso del tiempo y la consecuente causación de intereses⁸⁷. Esto implica que los recursos administrativos, a más de no ser contrarios al derecho de acceso a la justicia, sean una de sus manifestaciones, en cuanto son un medio de acceso a la justicia o un requisito previo de acceso a esta⁸⁸.

judicial, en la medida en que contribuye a satisfacer plenamente la pretensión del interesado y, además, es una institución que garantiza su derecho de defensa en cuanto le permite impugnar la decisión administrativa, a través de los recursos de ley”: C.C., sent. C-060/96.

85 “Con dicha institución se le da la oportunidad a la administración de ejercer una especie de justicia interna, al otorgársele competencia para decidir, previamente a la intervención del juez, sobre la pretensión del particular y lograr de este modo la composición del conflicto planteado. Por su parte, para el particular se deriva una ventaja o beneficio, consistente en que puede obtener a través de la referida vía, en forma rápida y oportuna, el reconocimiento de sus derechos, sin necesidad de acudir a un largo, costoso y engorroso proceso judicial”: C.C., sent. C-060/96.

86 “Por su parte, para el particular se deriva una ventaja o beneficio consistente en que puede obtener a través de la referida vía, en forma rápida y oportuna, el reconocimiento de sus derechos, sin necesidad de acudir a un largo, costoso y engorroso proceso judicial”: C.C., sent. C-319/02. “De este modo, la ley ha establecido un mecanismo ágil y efectivo de solución de los conflictos entre los usuarios y las entidades prestatarias de los servicios, en la propia sede de la administración, que busca, en lo posible, evitar que aquéllos acudan de ordinario a la vía jurisdiccional”: CC, sent. C-263/96.

87 Los recursos administrativos permiten evitar “la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, que por lo mismo viene a ser subsidiaria, y una eventual condena que pueda afectar negativamente al erario con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho hiciera el administrado contra el acto ilegalmente expedido”: C.E., secc. I, sent. 20/09/07, rad. 12217-01. En este mismo sentido, secc. I, auto 04/02/10, rad. 25000-23-24-000-2002-00907-01.

88 “Lo anteriormente expuesto se explica en tanto se entienda la vía gubernativa como una de las especiales manifestaciones del Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia y consecuentemente como un particular desarrollo del debido proceso administrativo, lo que en últimas se traduce en un potestad del administrado para controvertir las decisiones de la Administración y en un deber de ella en cuanto a su revisión”, C.E., secc. I. sent. 20/09/07, rad. 12217-01.

Aunque ya era posible identificar esta función de contribución a la disminución de la congestión jurisdiccional en la regulación de la vía gubernativa prevista en el anterior Código⁸⁹, resulta interesante constatar algunos ingredientes de estos elementos en el nuevo estatuto.

En primer lugar, el nuevo Código exige que los recursos administrativos deban estar contruidos sobre una verdadera reclamación del administrado respecto del acto administrativo. Las súplicas a la compasión de la autoridad administrativa no pueden entabrar un verdadero recurso administrativo. Esto implica que exista un destinatario individual del acto y que la decisión haya sido definitivamente adoptada. Por lo tanto, los recursos administrativos no son posibles respecto de los actos reglamentarios ni de los de trámite⁹⁰. La contestación se materializa en la expresión por escrito de las razones de la inconformidad⁹¹ que, con las reservas propias de la posibilidad de reforma peyorativa, van en principio a determinar el ámbito del debate del recurso administrativo. Cuando la autoridad desconoce que el examen que realiza es impulsado por el recurso administrativo, y desborda los límites del recurso, la decisión que toma puede ser considerada como un nuevo acto que podría ser objeto de recursos administrativos⁹².

La delimitación de la inconformidad en fase administrativa define también la demanda jurisdiccional que eventualmente se podría presentar. En principio, los hechos que son objeto del recurso administrativo deben ser los mismos que aquellos que soporten la demanda jurisdiccional, *so pena* de la ineptitud de la demanda por no haber agotado, respecto de los hechos nuevos, el requisito previo del recurso de apelación. La identidad fáctica

89 “... institución conocida como procedimiento administrativo, que [...] está conformado básicamente por dos etapas, cuales son la de la actuación administrativa y la de la vía gubernativa. La primera se caracteriza fundamentalmente por ser la que sirve de estadio para que se forme o nazca el acto administrativo, y la segunda para que, una vez ha nacido a la vida jurídica, pueda ser controvertido por los administrados ante la misma administración (en sede administrativa) y esta a su vez pueda revisar su legalidad, o conveniencia si es del caso; y, en consecuencia, corregir en lo posible las irregularidades con que hubiere sido expedido”: CE, secc. 1, sent. 25/11/99, rad. 5262A. En igual sentido, sent. 30/01/97, rad. 3990; sec. iv, sent. 19/11/98, rad. 8498.

90 “*Improcedencia*. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”: art. 75 CPACA.

91 Los recursos deberán “Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad”: art. 77.2 CPACA.

92 CE, secc. 1, sent. 02/10/03, rad. 7383. En igual sentido, secc. 1, sent. 11/10/06, rad. 3697: “... el Consejo de Estado ha dicho que la vía gubernativa que puede surtirse contra la decisión definitiva corresponde al derecho interno y, como es sabido, se contrae a dicha decisión, pues su objeto está dado necesariamente por los motivos de inconformidad del afectado frente a ésta, sin que pueda plantear nuevas cuestiones o situaciones no formuladas en la actuación administrativa, ya que permitírsele abriría la puerta a una cadena sin fin de nuevas decisiones y nuevos recursos, en la medida en que cada nueva cuestión implicaría nuevo examen de fondo y una nueva decisión, que a su vez, por ser punto nuevo, sería también susceptible de recurso”.

del contencioso no significa que respecto de esos mismos hechos no sea posible presentar argumentos nuevos⁹³. En esta medida, resulta esencial la diferenciación de lo que constituye un hecho nuevo y un argumento nuevo⁹⁴. Por ejemplo, la indebida conformación del quórum de una asamblea de una sociedad constituye “un hecho nuevo que la Administración no tuvo oportunidad de revisar”⁹⁵. De igual manera, es un hecho nuevo la alegación de la violación del derecho de defensa, cuando en el recurso solamente se argumentó la inconstitucionalidad de un artículo del estatuto tributario⁹⁶. A partir de esta diferencia entre los hechos nuevos y los argumentos jurídicos, el Consejo de Estado considera viable incluir nuevas causales de nulidad⁹⁷, lo mismo que la alegación de las reglas de la aplicación de la ley en el tiempo, así este argumento no haya sido expuesto en un recurso de reconsideración de impuestos⁹⁸. La jurisprudencia pone de presente la razonabilidad de la concordancia y no su correspondencia exacta, que, de existir, exigiría remplazar la demanda contenciosa por la reproducción de los recursos administrativos⁹⁹.

93 La jurisprudencia exige las mismas pretensiones de la vía gubernativa, “aunque no necesariamente bajo los mismos argumentos allí planteados, pues lo importante es que los expuestos ante esta jurisdicción convengan al juzgador de que la decisión se encuentra afectada por alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del CCA”: secc. I, auto 04/02/10, rad. 907-01.

94 “... se ha sostenido [por el Consejo de Estado] que se requiere que el planteamiento hecho por la referida vía se identifique con el que se hace ante los jueces administrativos, sin embargo de lo cual es factible que se puedan plantear nuevos argumentos por quien instaura la acción, c. Pero es necesario distinguir lo que es un nuevo argumento o razonamiento, de lo que constituye la presentación de un hecho diferente para que ello conduzca a la declaración o reconocimiento de un derecho. El razonamiento (argumento) es un discurso encaminado a demostrar una situación de hecho planteada antes, para que se adopte una decisión respecto del derecho que se pretende, mediante la persuasión de aquél a quien se dirige, como la autoridad competente, por ejemplo. No modifica, en el sentido de ampliar o recortar, los hechos a que se contrae el correspondiente debate, sino que simplemente, sobre la base de los mismos y desarrollando una labor dialéctica, aspira a obtener la persuasión o disuasión, según el caso, del interlocutor o juez. En cambio, el hecho nuevo, como es obvio, amplía la realidad del debate que se venía desarrollando, d. Así las cosas, cuando se afirma que debe haber coincidencia entre lo debatido en vía gubernativa y lo que se plantea al juez, ello presupone principalmente que no se modifique la realidad fáctica del problema. Y está bien que sea de ese modo, pues de lo contrario se sorprendería a la administración en los procesos judiciales, con aspectos que no fueron sometidos a su consideración o examen”: CE, secc. I, sent. 12/06/97, rad. 2607. Jurisprudencia reiterada en secc. I, sent. 30/08/01, rad. 6213.

95 CE, secc. I, sent. 30/08/01, rad. 6213.

96 CE, secc. IV, 24/07/03, rad. 13677.

97 CE, secc. I, sent. 11/12/06, rad. 413-01.

98 CE, secc. IV, sent. 3/07/98, rad. 8559.

99 “Respecto del cargo de que el tribunal ha debido dar prosperidad a la excepción de inepta demanda por cuanto en la vía gubernativa la actora no alegó la violación de los artículos 313 y 338 de la Constitución Nacional, ni cuestionó el monto de la base gravable, se observa que el mismo no está llamado a prosperar, pues es indudable que lo que hizo la demandante ante la jurisdicción fue mejorar sus argumentos de hecho y [de] derecho, lo cual resulta perfectamente obvio y legítimo si se tiene en cuenta que, por regla general, no se requiere ser abogado para

Este requisito de la identidad fáctica del contencioso hace pensar que el debate comienza en sede administrativa y que se trata del mismo asunto que conocería el juez¹⁰⁰. Sin embargo, la posibilidad de desarrollar la argumentación jurídica del recurso en la demanda jurisdiccional es comprensible teniendo en cuenta que los recursos administrativos no son necesariamente presentados por medio de un abogado. En esta medida, la jurisprudencia reciente tiende a relativizar esta exigencia de congruencia al valorar la trascendencia de los hechos nuevos, e incluso ha puesto de presente la necesidad de reevaluar globalmente la restricción.

Una sentencia contra la Administración de Impuestos Nacionales estableció que la actora no alegó en sede administrativa el haber cumplido oportunamente con un trámite de importación, lo que debería cerrarle la vía jurisdiccional. Pero la corporación realizó la siguiente consideración:

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el hecho nuevo que se alega, esto es, cumplimiento de la obligación, es de tal trascendencia para la decisión a adoptar que no puede ser pasado por alto por esta jurisdicción, so pretexto de no haber sido aducido en la vía gubernativa, pues ello constituiría una violación al derecho de defensa de la actora¹⁰¹.

¿La trascendencia del hecho sería suficiente para exceptuar el principio? El antecedente abriría una puerta grande, por cuanto es justamente la importancia de los hechos la que puede fundamentar una acción o determinar, por el contrario, la legalidad de un acto. Aunque la sentencia no lo analiza, en el caso específico fue determinante la situación de error de la actora, por cuanto el no alegar el cumplimiento de sus obligaciones obedeció a que su intermediaria aduanera, encargada de la importación, la indujo en error, al dejar de informarle del trámite regular que había realizado. El conocimiento

interponer recursos en la vía administrativa, lo que muy seguramente puede llevar a que esbozados y puestos de presente los aspectos generales de la disconformidad del administrado con los actos de la Administración, se presenten deficiencias de técnica jurídica que mal podría enderezar un abogado, a través de quien, por regla general, se debe actuar ante los jueces”: CE, secc. iv, sent. 29/10/99, rad. 9557. En igual sentido, sents. secc. iv, 11/12/06, cit., 29/10/99, rad. 9557, 03/03/05, rad. 0418-01.

100 La congruencia exigida entre los recursos administrativos y los recursos jurisdiccionales ha sido objeto de interpretaciones jurisprudenciales que hacen primar el derecho substancial sobre el formal y, particularmente, el derecho al debido proceso, en especial el derecho de defensa y de acceso a la justicia: CE, secc. i, sent. 20/09/07, rad. 12217-01. La jurisprudencia ha incluso admitido alegar un hecho nuevo que no era conocido por el administrativo y que “es de tal trascendencia para la decisión a adoptar que no puede ser pasado por alto por esta jurisdicción, so pretexto de no haber sido aducido en la vía gubernativa, pues ello constituiría una violación al derecho de defensa de la actora”: CE, secc. i, sent. 22/04/04, rad. 0540-01. La jurisprudencia ha exigido entonces únicamente una identidad de cuestión: “se trata de resolver cuestiones, esto es, ‘asunto o materia en general’”: CE, secc. i, sent. 20/09/07, rad. 12217-01.

101 CE, secc. i, sent. 22/04/04, rad. 0540-01.

del cumplimiento sería un hecho desconocido para la actora durante la vía gubernativa, lo que justificaría el no haberlo alegado.

Más recientemente, la corporación ha puesto de presente que lo esencial es que la cuestión tratada sea la misma en sede gubernativa, con respecto a la propuesta al juez administrativo, lo que implica tener una visión amplia del principio de congruencia, so pena de “vulnerar los derechos fundamentales de acceso a la justicia y del debido proceso, tanto administrativo como judicial¹⁰². Así, el Consejo de Estado ha considerado que la congruencia se refiere a que se trata de un mismo asunto,

... sin que ello obligue al recurrente a recurrir a una técnica jurídica determinada, entre otras razones, por cuanto para ejercitar la vía gubernativa no se requiere actuar mediante apoderado. Es factible, entonces, que el recurrente plantee algunos motivos de inconformidad en el recurso, pero que esos no sean los únicos pertinentes para impugnar el acto, circunstancia que podrá ser superada al momento de ejercitar la acción judicial correspondiente¹⁰³.

De esta manera, la jurisprudencia concluye que lo importante es lo solicitado por el recurrente y no los argumentos que pueda hacer valer, entendiendo por consiguiente que ciertos hechos nuevos son argumentos en apoyo de su solicitud, por ejemplo de modificación o de revocación del acto¹⁰⁴.

102 CE, secc. 1, sent. 20/09/07, rad. 12217-01.

103 *Ibíd.*

104 “... ayudaría a una mejor adecuación de la jurisprudencia sobre el tema a la normativa constitucional y legal pertinente en cuanto hace al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, dejar de lado el impreciso concepto de ‘hechos nuevos no planteados en la vía gubernativa’, toda vez que los hechos hacen parte de las razones que dan origen o sirven de fundamento a tales cuestiones, y como tal pasan a constituir parte de los fundamentos de la argumentación, por cuanto argumentar jurídicamente es aducir razones de hecho y/o de derecho, es esgrimir hechos y normas jurídicas para demostrar una tesis o la validez de la solución de una determinada cuestión de relevancia jurídica, de donde al ser admisible plantear mejores o nuevos argumentos, como lo tiene sentado la jurisprudencia, es por contera admisible plantear hechos nuevos en tanto están llamados a ser fundamento o parte de esos argumentos. [...] Luego habría que concluir que sí es posible plantear o aducir en la demanda hechos nuevos no referenciados en la vía gubernativa, sobre la base de que tanto la vía gubernativa como la acción judicial son instrumentos garantistas consagrados en favor del administrado. Que si bien el recurrente pudo haber omitido algún motivo de inconformidad en la vía gubernativa, jurídicamente no existe razón para que no lo pueda formular en la demanda ante la Jurisdicción Contenciosa, instancia en la cual la Administración contará igualmente con todas las garantías para defender su decisión. En fin, cuando el artículo 63 del CCA dispone como una de las formas de agotamiento de la vía gubernativa ‘Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido’, mal puede el aplicador de la norma interpretar que los ‘hechos’ aludidos por el recurrente deberán ser los mismos que indefectiblemente deba aludir en la demanda ante el juez del conocimiento, sobre todo por cuanto con dicha interpretación se restringen las garantías del administrado antes referidas y, por ende, se vulneran los derechos fundamentales de acceso a la justicia y del debido proceso, tanto administrativo como judicial”: CE, secc. 1, sent 20/09/07, exp. 13001-23-31-000-1995-12217-01.

En segundo lugar, es posible identificar la contribución en la lucha contra la congestión jurisdiccional por medio de los recursos administrativos, a través del análisis de la instrucción del asunto. Así, la instrucción da los elementos de juicio necesarios para revisar la decisión administrativa y, si es del caso, dar razón al administrado, evitando así un proceso judicial. En este contexto, el administrado puede solicitar y presentar pruebas que pretende hacer valer para llevar al convencimiento de las razones de su recurso, incluso de reposición¹⁰⁵. Esto implica la existencia de una nueva instrucción y un debate¹⁰⁶ que va a permitir a la autoridad administrativa decidir de fondo, con base en elementos de juicio¹⁰⁷, y tomar así una decisión que sería eventualmente aquella del juez si el recurso no hubiera sido ejercido. A pesar de que el decreto de las pruebas solicitadas continúa siendo una potestad de la autoridad administrativa, se trata de una potestad razonada y no arbitraria. En esta medida, la autoridad administrativa deberá realizar un verdadero análisis de la conducencia y la pertinencia de la prueba solicitada ya que el no decreto de una prueba necesaria será sancionado en el curso de un eventual proceso judicial.

En tercer lugar, la decisión debe ser de fondo. Permitir a la administración que espere la configuración de la decisión ficta, para que el administrado pueda acudir ante el juez, es un sistema cuyo efecto preventivo de las acciones jurisdiccionales es casi nulo¹⁰⁸. Incluso en el evento en el que la administración tenga razón y el acto no deba ser modificado o revocado, con el silencio, la administración pierde la oportunidad de persuadir al administrado de que sus pretensiones no son fundamentadas y que corre un cierto riesgo de que el proceso judicial le sea adverso. Frente al silencio de la administración, los recursos administrativos no pueden ser considerados como una garantía del administrado, sino como un entrabe de su derecho de acceso a la jurisdicción¹⁰⁹. Sin embargo, ciertos elementos permiten pensar en la eficacia de los recursos administrativos, a partir de una decisión de fondo. Así el

105 El nuevo Código, a diferencia de lo que ocurría con el de 1984, permite la solicitud de pruebas no solamente respecto del recurso de apelación, sino también del de reposición: art. 77.3 CPACA.

106 En materia probatoria, la contradicción se regula por el Código de Procedimiento Civil, por ejemplo cuando en los recursos administrativos se solicita un peritaje y en cuanto a las objeciones al peritaje y la realización de una contra experticia: cfr. secc. 1, sent. 20/09/02, rad. 6382.

107 Juicio en el sentido intelectual y no judicial.

108 El administrado desistirá de su pretensión de acudir ante el juez si el tiempo de espera de la decisión del recurso lo desmotivó y lo hizo renunciar a sus pretensiones; si el costo y la lentitud del sistema jurisdiccional lo convencieron de que es mejor aceptar el acto adverso, pero no porque tuvo satisfacción en sus pretensiones o porque la respuesta de la administración lo convenció del carácter infundado de su reclamación.

109 El administrado deberá ejercer al menos el recurso de apelación y esperar dos meses para poder demandar ya no uno, sino dos actos administrativos, incluido el acto ficto.

nuevo Código exige que la decisión del recurso haga referencia a todas las peticiones que fundamentaron el recurso, lo que implica un trabajo serio de la autoridad administrativa, de examen, de reflexión y de argumentación, ya que la decisión debe ser motivada¹¹⁰. Además, la naturaleza de petición reconocida a los recursos administrativos¹¹¹ hace esperar una eficacia mayor de estos mecanismos, bajo la amenaza de la tutela¹¹² o la orden del juez de tutela de responder el recurso en un plazo de 48 horas, más aún si se tiene en cuenta la jurisprudencia constitucional que respecto de las peticiones exige una verdadera decisión, de fondo, no evasiva y a tiempo¹¹³. Una respuesta expresa y de fondo implica un análisis juicioso del asunto que puede dar lugar a corregir errores sin necesidad de recurrir a la vía jurisdiccional. La decisión del recurso no podrá entonces consistir en la presunción de decisión en razón del silencio ya que esta “tiene un objeto distinto y, por otra parte, es

110 Art. 80 CPACA.

111 “El derecho de petición como derecho constitucional fundamental no se concreta en presentar peticiones respetuosas a las autoridades, y a obtener de las mismas una pronta respuesta, sino que también se hace extensivo a la respuesta pronta y efectiva que se espera de las autoridades, cuando ante ellas se ha dado trámite a los recursos administrativos que contra sus actos administrativos procedan. Así, la vía gubernativa amén de ser una expresión más del derecho de petición, es por regla general una vía que debe ser agotada previamente a la iniciación de cualquier proceso contencioso administrativo contra la autoridad pertinente. Por esto, cuando por negligencia o demora injustificada, una autoridad no da respuesta dentro de los términos legalmente señalados a los recursos de la vía gubernativa que se hayan interpuesto contra sus actos, viola no sólo el derecho de petición de quien interpuso los mencionados recursos, sino que por otra parte, impide el inicio del correspondiente proceso contencioso administrativo”: CC, sent. T-454/97.

112 La tutela es procedente en la medida en que los mecanismos judiciales tradicionales, particularmente la suspensión provisional, no son una respuesta adecuada al derecho fundamental de petición: “No todo acto administrativo materia de recurso es totalmente adverso al recurrente. Por ello, ejercido el recurso y ante la mora en resolver sobre el fondo del mismo, la suspensión provisional del acto ficto, en vez de solucionar el conflicto al particular en el plano específico del derecho constitucional a una oportuna respuesta –pues continúa para él la indefinición–, representaría poner en tela de juicio, inclusive, lo que ya le había reconocido la Administración. No tiene sentido hacer valer la suspensión provisional como medio alternativo de defensa en tales casos, pues, con independencia de lo que se resuelva judicialmente, lo cierto es que el desconocimiento del derecho de petición ya se ha perpetrado”: CC, sent. T-294/97.

113 “Es de notar también que el (derecho de petición) consiste no simplemente en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades sino de que haya una resolución del asunto solicitado, lo cual si bien no implica que la decisión sea favorable, tampoco se satisface sin que se entre a tomar una posición de fondo, clara y precisa, por el competente; por esto puede decirse también que el derecho de petición que la Constitución consagra no queda satisfecho con el silencio administrativo que algunas normas disponen, pues esto es apenas un mecanismo que la ley se ingenia para que el adelantamiento de la actuación sea posible y no sea bloqueada por la administración, especialmente con vista en la promoción de las acciones judiciales respectivas, pero en forma ninguna cumple con las exigencias constitucionales que se dejan expuestas y que responden a una necesidad material y sustantiva de resolución y no a una consecuencia meramente formal y procedimental, así sea de tanta importancia”: CC, sent. T-481/92.

precisamente prueba clara e incontrovertible de que él [derecho de petición] ha sido violado”¹¹⁴.

* * *

Los recursos administrativos no disponen de una justificación *per se* y por lo tanto resulta legítimo poner en duda su razón de ser, su utilidad, su necesidad. La existencia de los recursos administrativos debe ser entendida a partir de su carácter instrumental. De esta manera, los recursos administrativos se justifican en la medida en que cumplan efectivamente sus objetivos múltiples, esto es, que gracias a ellos la administración realice un control interno de sus decisiones y proteja los derechos de los administrados, permitiéndoles defenderse eficaz y rápidamente frente a las decisiones de la administración, y además que gracias a todo esto se reduzca el número de nuevas demandas jurisdiccionales en contra de la administración. Un análisis serio de los recursos administrativos permite al mismo tiempo a la administración una retroalimentación y una adecuación de los procedimientos administrativos a partir de la reflexión acerca de las patologías frecuentes de los actos de la administración.

BIBLIOGRAFÍA

- ARBOLEDA, ENRIQUE. “Vía gubernativa”, en *Comentarios al nuevo Código Contencioso Administrativo*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1984.
- BRISSON, Jean-François. *Les recours administratifs en Droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, tesis, Paris, LGDJ, 1996.
- CLAVERO ARÉVALO, MANUEL. *ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, MADRID, CIVITAS, 1992.
- Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Les Études du Conseil d'État, Paris, La documentation française, 2008.
- CHAPUS, RENÉ. *DROIT ADMINISTRATIF*, 6ª ED., PARIS, MONTCHRESTIEN, 1992.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*, t. I, 15ª ed., Paris, Montchrestien, 2001.
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO. *Poder y derecho. Del Antiguo Régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVII a XIX*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

¹¹⁴ CC, sent. T-294/97. En igual sentido: C.C., sents. T-304/94; T-294 y T-454 de 1997; T-240, T-281, T-291, T-306, T-365, T-469 y T-673 de 1998; T-240, T-379, T-734, T-344 y T-811 de 1999; T-552, T-276, T-788, T-836, T-1175, T-1289, T-1419, T-1422 de 2000; T-1743 de 2000; T-135/01, T-214, T-574/01, T-276, T-785, T-910/01, T-911/01, T-965, de 2001; T-1076/01; T-425/02, T-084/02, T-637/02; T-907/02, T-1086/02; T-364/04; T-303/03, T-304/03, T-306/03, T-372/03, T-581/03, T-929/03; T-692/04, T-316/06, T-695/04, T-316/06, T-1002/06; T-294/97T-027/07, T-897/07; T-181/08, T-400/08, T-879/09, T-918/09.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1991.

MAYER, OTTO. *LE DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND*, T. 1, PARIS, 1903.

TASCÓN, TULIO ENRIQUE. *Derecho Contencioso Administrativo colombiano*, Bogotá, Editorial Cromos, 1946.