

LA MODULACIÓN DE LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS DE
NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN COLOMBIA

Tesis presentada por:
SONIA MARINA CASTRO MORA

Director:
FERNANDO ALBERTO GARCÍA FORERO

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2015

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
1. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA	
1.1. Los fundamentos constitucionales de la actuación de la administración	11
1.2. El acto administrativo como principal instrumento de realización de los fines de la administración pública	16
1.3. Algunas clasificaciones de los actos administrativos	21
1.3.1. Actos Administrativos Generales: Normativos y no normativos	23
1.3.2. Actos Administrativos Particulares y Concretos: Actos Favorables y Actos de Gravamen	38
2. LOS ATRIBUTOS Y LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	
2.1. Los atributos del Acto Administrativo	44
2.1.1. La Ejecutividad	45
2.1.2. La Ejecutoriedad	47
2.1.3. La Presunción de Legalidad	48
2.1.4. La vocación de permanencia	51
2.1.5. Los Actos Administrativos y los Actos Jurídicos Privados	53
2.2. Los elementos de los Actos Administrativos y su relación directa con las causales de nulidad	56
2.2.1. Elemento Subjetivo	59
2.2.2. Elemento Objetivo	63
2.2.3. Elemento Causal	65
2.2.4. Elemento Finalista	67
2.2.5. Elemento Formal	69
3. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	
3.1. ¿Control de legalidad versus el control de constitucionalidad?	72
3.2. El control de legalidad como control de legitimidad.....	79

3.3. Las consecuencias de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos frente al acto declarado nulo	84
3.3.1. La eficacia de los actos administrativos y sus relaciones con la existencia y la validez	85
3.3.2. La validez y su relación con la existencia	88
3.4. Los efectos <i>ex tunc</i> y <i>ex nunc</i> de las sentencias	95
3.5. Regulación positiva de los efectos de las sentencias en Colombia	101
4. LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	
4.1. La retroactividad o los efectos <i>ex tunc</i> como hábito en las sentencias de nulidad	105
4.2. La clase de acto administrativo examinado como criterio para atribuir efectos temporales a las sentencias de nulidad	111
4.3. Las situaciones jurídicas consolidadas como límite para determinar el alcance temporal de las sentencias	122
5. LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA FIJACIÓN DE LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS DE NULIDAD	
5.1. La modulación como solución	135
5.2. Viabilidad de los criterios bajo los cuales pueden modularse los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad de los actos administrativos	139
5.2.1. La clase de acto que se examina: acto administrativo general no siempre normativo	139
5.2.2. Acto administrativo de gravamen	141
5.2.3. Acto administrativo favorable	143
5.2.4. Los inconvenientes de la reparación “ <i>in natura</i> ”	147
CONCLUSIONES	149
BIBLIOGRAFÍA	154
ANEXO	172

INTRODUCCIÓN

Sin que exista una norma de rango legal o constitucional que así lo imponga, en nuestra práctica judicial se ha conservado mayoritariamente la regla general de atribuirle efectos “*ex tunc*” (efectos retroactivos) a la anulación de los actos administrativos; aunque también, en algunas oportunidades se ha elaborado la tesis según la cual las sentencias anulatorias de actos administrativos de carácter general tienen efectos hacia el futuro, es decir, efectos “*ex nunc*”.

Sin embargo, la adopción de estas posiciones ha tenido siempre pretensiones de construir la regla general a aplicar en lo sucesivo, generando el debate de la contraposición entre los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de las nulidades. Salvo en muy pocas ocasiones, el juez contencioso administrativo ha realizado un ejercicio de verificación de los resultados de su sentencia, haciendo un juicio de ponderación de las consecuencias del fallo frente a los mandatos constitucionales, para determinar los efectos de la nulidad en el caso concreto¹.

La aplicación de la regla de los efectos *ex tunc* de las sentencias de nulidad, se soporta en cuestiones como la adopción por analogía de las disposiciones del Código Civil que regulan los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos y los contratos, en donde expresamente, en el caso colombiano se establece que una vez declarada la nulidad, las cosas deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (inc. 1

¹Por ejemplo en las sentencias del Consejo de Estado Sección Quinta, del del 6 de octubre de 2011 (Exp. 11001032800020100012000 (2010-00120) y Sección Segunda, del 21 de agosto de 2008 (Expediente 11001032500020070005800 (1185-07)

del artículo 1746 del Código Civil). En esa medida, al considerar que la sentencia de nulidad constituye un acto de declaración de un estado de ilegalidad observado desde el nacimiento del acto, no puede menos que aplicarse un criterio lógico racional de que las cosas deben volver al mismo estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo.

Estas ideas llevan a la aceptación de principios como el de que nadie puede construir derechos o soportar una obligación sobre presupuestos normativos ilegales² y por ello, la única limitación que tiene la atribución de estos efectos son el respeto por las situaciones jurídicas consolidadas y la seguridad jurídica.

Dicha regla no resulta *prima facie* contradictoria de principio alguno dentro del derecho administrativo; sin embargo, la aplicación mecánica de la retroactividad de la sentencia de nulidad, sin que medie un análisis ponderado y razonable de las consecuencias que en cada caso tendrá la decisión, puede generar en la práctica situaciones absurdas o resultados indeseables a la luz de las exigencias para la administración y para el juez de un modelo de Estado Social de Derecho.

Se ha llegado a afirmar que esta regla de darle efectos *ex tunc* a las sentencias declaratorias de nulidad de los actos administrativos debe ser morigerada, en virtud a que en ocasiones es

²COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de diciembre de 2011 (Concepto 11001030600020110009100 (2085)). Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

necesario hacer prevalecer valores esenciales a la organización social como el de la seguridad jurídica por encima del efecto concreto de la sentencia anulatoria (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de diciembre de 2011 (Concepto 2085).

Para moderar esta regla de los efectos *ex tunc*, no debe necesariamente sostenerse que los efectos deban ser *ex nunc*, como lo ha tratado de construir una tesis de la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a los actos administrativos de carácter general. Sostenemos más bien, que es necesario pensar que i) la retroactividad o irretroactividad no es una condición necesaria de las sentencias de nulidad de los actos administrativo y ii) que le corresponderá entonces al juez a través de la modulación de los efectos en el tiempo de sus sentencias, materializar los objetivos y las obligaciones que debe asumir en un Estado como el nuestro.

La hipótesis que se demuestra en esta investigación recae precisamente en esas dos cuestiones: la retroactividad o no retroactividad, no son una condición necesaria de las sentencias de nulidad de los actos administrativos, porque tal idea anula reflexiones importantes en el derecho administrativo, específicamente en el ejercicio de control jurisdiccional de la actividad estatal, relacionadas con la ponderación de derechos y principios básicos tales como la garantía de eficacia de los derechos fundamentales, la seguridad jurídica, la justicia material, la confianza legítima, la igualdad, etc.

En este orden, las conclusiones determinarán que los efectos *ex tunc o ex nunc* de las sentencias no son automáticos; no se derivan de alguna formalidad del proceso, ni de la naturaleza del acto administrativo, ni del tipo de sentencia, sino más bien son una de las herramientas para que el juez pueda darle eficacia a su sentencia y cumplir con las obligaciones que le impone la Constitución y la ley, específicamente, garantizar la protección de derechos fundamentales y preservar el orden jurídico.

Para ello es indispensable entender que todo esto se logra cuando el juez tiene la posibilidad de modular los efectos de sus sentencias y, por ello, el fundamento de esa facultad lo constituye precisamente las exigencias de una Constitución que consagra su supremacía a través de la efectividad de los derechos de todas las personas.

Para demostrar esta hipótesis, el trabajo plantea los siguientes ejes temáticos: En un primer capítulo se expondrá cuál es la finalidad de la actuación de la administración y cómo se logra a través del acto administrativo -como expresión de la voluntad- concretar dicho fin. Adentrándonos en el estudio del acto administrativo, se hará referencia a dos clasificaciones esenciales que apoyan algunas de las conclusiones del trabajo, referidas a los actos de contenido particular y concreto y actos generales, por un lado, y actos de gravamen y actos declarativos de derechos por el otro. Estas clasificaciones deben determinar, de acuerdo con esta investigación, los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad.

En un segundo capítulo se abordará el estudio de los atributos y elementos del acto administrativo, con dos propósitos fundamentales: el primero, a partir de la explicación de los atributos del acto administrativo, definir las diferencias entre esta categoría de acto jurídico y los actos civiles de naturaleza privada, para dejar claro que no es posible la aplicación del régimen de nulidad del Código Civil a los actos administrativos; por otro lado, introduciremos el tema del siguiente capítulo que es el control de los actos administrativos, a través de los elementos de este tipo de norma relacionados directamente con cada una de las causales de nulidad que la ley colombiana ha establecido para los actos administrativos.

El capítulo 3 recoge una referencia al control que se ejerce sobre los actos administrativos en Colombia, diferenciándolo del control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional y también el mismo Consejo de Estado y, en donde se ha justificado ampliamente las facultades de modulación de las sentencias por parte del juez, tanto del contenido como de la aplicación en el tiempo de las mismas. Este ejercicio comparativo demuestra que la naturaleza de los dos controles es disímil, lo que requiere que tanto las justificaciones como las reglas de modulación sean construidas con criterios independientes.

Aclarado esto, el estudio recae sobre el control de legalidad propiamente dicho y las consecuencias de invalidez que trae este frente al acto administrativo, cuestión que no debe confundirse con la eficacia y la existencia del mismo. Lo anterior allana el camino para estudiar los conceptos de retroactividad de las sentencias –efectos *ex tunc*- o aplicación a futuro de ellas –

efectos *ex nunc*- y, además, de acuerdo con la teoría de la aplicación de las normas jurídicas, el concepto de retrospectividad que acompaña la idea del efecto general inmediato de las sentencias del Consejo de Estado. Este capítulo finaliza con una descripción de cómo está regulada en nuestra legislación la aplicación de las sentencias de nulidad, llegando a la conclusión del silencio del legislador frente a la posibilidad del juez de otorgar unos efectos determinados por regla general.

A pesar del silencio del legislador, la actividad del Consejo de Estado ha sido abundante y continua en la determinación de los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad que profiere. Por ello, en el capítulo 4, se realiza un análisis jurisprudencial que recae sobre alrededor de 132 sentencias del Consejo de Estado que se identificaron en los restrictores de la relatoría de la Corporación con el tema de los efectos en el tiempo de las nulidades.

Al realizar un análisis sistemático y por el camino metodológico inductivo, se presentan unas conclusiones sobre el tratamiento de temas como los efectos *ex tunc o ex nunc* de las sentencias de nulidad tanto de actos administrativos de carácter general, como particular y concreto, la definición de las situaciones jurídicas consolidadas y los criterios para determinar tal condición. Estos resultados reales permiten entender la problemática de aplicar como regla general unos y otros efectos y la necesidad de que ellos se fundamenten más que en reglas formales, en argumentos y justificaciones de fondo que satisfagan en el caso concreto la realización de los

principios obligatorios para el juez como la protección de derechos y preservación del orden jurídico.

En el quinto y último capítulo, se tratará el tema específico de las responsabilidades del juez contencioso administrativo en la fijación del alcance de sus sentencias, poniendo de presente que no es necesario que este tipo de modulación se derive de una facultad legal expresa, pues es sencillamente una herramienta del juez que asume con responsabilidad su papel en un Estado social de derecho como el nuestro, en donde está sometido al cumplimiento de la Constitución y de la ley, es decir, al principio de legalidad en sentido amplio. Sin embargo, existe y se referencia un marco jurídico apropiado para desplegar este poder.

Aceptando esta posibilidad, se proponen unos criterios elaborados desde el estudio específico de la naturaleza y clasificación de los actos administrativos y de las particularidades del control jurisdiccional sobre ellos, que envuelven en cada caso, la ponderación de las inevitables tensiones que surgen al momento de acompañar los dos grandes objetivos de la jurisdicción: garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y preservar el orden jurídico (artículo 103 de la Ley 1437 de 2011).

1. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

1.1. Los Fundamentos constitucionales de la actuación de la administración

La constitucionalización del derecho es un fenómeno que implica entender y darle sentido a todo el derecho a partir la Constitución, norma con capacidad de permear con autoridad todas las esferas jurídicas, cuyo contenido cobra la importancia de una verdadera fuente del derecho, eficaz y aplicable de manera directa sin necesidad de intervención del legislador, a las demandas de justicia y a la resolución de cualquier tipo de conflicto. Es a su vez un referente obligado para la función del legislador en todas sus áreas y se convierte en el principal objetivo de la actividad judicial.

El juez necesariamente es uno de los canales, sino el más importante, para hacer realidad la protección de los mandatos constitucionales que encierran ahora en su dogmática con una fuerza propia, el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, ya no vistos desde el individuo aisladamente, sino enmarcados dentro de lo social, pues no de otra forma se pregonan la cláusula de Estado Social de Derecho contenida en el artículo primero de nuestra Constitución.

Frente al derecho administrativo, la constitucionalización tiene implicaciones importantes dadas desde siempre, esto con ocasión a la relación muy cercana entre estas dos disciplinas. Como lo afirma Hernández Becerra (2012):

Todas las disciplinas jurídicas han atravesado un proceso de constitucionalización, y ello se aprecia de manera singular respecto del derecho administrativo, cuya estrecha relación con el derecho constitucional ya se percibía con claridad en la doctrina desde el siglo XIX. De allí que la ya clásica expresión de Fritz Werner, presidente del Tribunal Supremo Administrativo de Alemania entre 1958 y 1969, según la cual “el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado”, sea una buena síntesis de lo que viene ocurriendo con el derecho en general. (p. 26)

El derecho administrativo, entonces, parte de los principios constitucionales para ajustar los lineamientos de toda la actuación del Estado, especialmente de la administración. Así se ve representado por ejemplo, en la filosofía, la justificación y el diseño de la nueva Ley 1437 de 2011 que regula la actuación administrativa y el control jurisdiccional especial de la administración. En esta obligación de sometimiento estricto a los mandatos constitucionales, enmarcaremos el estudio y las referencias de este trabajo, sobre la actuación administrativa, específicamente la categoría especial de acto de la administración, en el que están presentes unas características que devienen del cumplimiento de las finalidades estatales y de principios señalados por la Constitución y la ley.

Hablar entonces de la actuación de la administración, nos sitúa necesariamente en la realidad de que dicha actividad está ligada a la satisfacción, en forma inmediata, de las necesidades de bien común o de interés público, cuya exigencia es indispensable en cualquier comunidad

jurídicamente organizada³ (Cassagne, 2009, p. 11). Así lo demandan además, específicamente, los artículos 2 y 209 de la Constitución de 1991.

La exigencia del bien común fundamenta la existencia de ese rasgo típico del derecho público al que se le ha llamado régimen exorbitante⁴, el cual se encuentra constituido por una serie de poderes o potestades latentes en cualquier actuación desplegada por la administración y que tiene una connotación jurídica por excelencia.⁵

Lo anterior implica que la administración al desplegar su poder, estará en una especie de superioridad en las relaciones jurídicas que entable, sin que esto constituya un ejercicio arbitrario o desproporcionado de las facultades que se desprenden de la exorbitancia⁶.

³ Es unánime la consideración hoy de que el bien común es el eje que debe articular cualquier actuación del Estado. Nuestra Constitución lo reconoce entre muchas disposiciones, en el artículo 1 en donde señala que el interés general es uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho; en el artículo 2, al disponer como una finalidad estatal el servicio a la comunidad y la promoción de la prosperidad general y en el artículo 209 en donde le impone el deber a las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

⁴Ivanega (2008) al describir la aparición del Derecho Administrativo como disciplina observa que esta “*aparece cuando el contenido de las normas y los principios que rigen la actuación de la Administración exorbita los caracteres propios del Derecho Privado esencialmente por consagrar respecto de aquella, en su relación con los particulares, una situación de prerrogativa, de supremacía, esto es, de supraordinación jurídica, insoslayablemente armonizado con los derechos individuales*”(p. 56).

⁵ Siguiendo a Cassagne, las potestades o prerrogativas en la actuación de la administración, se pueden resumir, sin agotar su enumeración, en la creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales, en la presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos, en el principio de ejecutoriedad, en las prerrogativas en la ejecución de los contratos estatales y en las prerrogativas procesales. Cassagne, J.C. (2009). *Derecho Administrativo*, Tomo 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Colección internacional No. 17. (p. 20-23)

⁶ Las limitaciones al ejercicio de las potestades de la administración, se encuentran principalmente en la sumisión de toda su actuación a principios de mayor jerarquía como expresamente lo señala por ejemplo el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011. Igualmente el artículo 44 de la misma Ley, continúa el mandato del anterior código Contencioso Administrativo, estableciendo los criterios de proporcionalidad y adecuación en las decisiones discrecionales de la administración.

Se genera en este ejercicio de poder que tiene como finalidad la protección de intereses generales, una tensión evidente entre autoridad y libertad. Equilibrar esta realidad es precisamente el reto de la actuación de la administración.

Ahora bien, dentro del marco de constitucionalización del derecho ya referido, el contenido tanto de la autoridad como de la libertad está determinado hoy por la noción de Estado Constitucional, en donde los derechos fundamentales y las prerrogativas de la administración se llenan de sentido y contenido a través de la Constitución. Como lo afirma Agustín Gordillo (2011):

Este orden jurídico constitucional, al crear al Estado y reconocerle ciertas facultades frente a los habitantes, establece y reconoce también los derechos de los individuos frente al Estado. La Constitución ofrece un cierto equilibrio de las atribuciones que otorga; por un lado reconoce algunas atribuciones al Estado, pero por el otro lado reconoce ciertos derechos inalterables a los individuos. Ni uno ni otros pueden tener una supremacía; ambos deben armonizarse mutuamente dentro del marco del orden jurídico constitucional. Es fundamental advertir que la enunciación de los derechos de los individuos no es una mera declaración programática: Es una norma jurídica imperativa impuesta por el pueblo al Estado al que también reconoce aquellas facultades. (p. 66)

El entendimiento de la sujeción del ejercicio del poder a ley, o principio de legalidad o juridicidad (Comadira, 1981) implica no solo que ese poder, la administración, tenga una especie de valla que delimita su accionar de forma que se salvaguarden de la arbitrariedad, las libertades individuales de los particulares (límites negativos) sino además, bajo los presupuestos de un Estado Social de Derecho, implica la obligación del Estado de realizar los anhelos sociales de una comunidad heterogénea y desigual. En términos de Gordillo (2011):

Se trata de una forma de Estado en la que interviene activamente a favor de los ciudadanos y especialmente de los menos pudientes, quienes más necesitan su ayuda. Su campo de acción es esencialmente económico a fin de lograr la libertad de la necesidad. (p. 71)

No se trata ya como en el modelo de Estado Liberal Clásico, de garantizar la libertad individual conectada directamente con el derecho de propiedad, sino más bien, garantizar estos derechos, siempre que tengan una conexión con lo social. Con razón afirma Cassagne (2009) que en el Estado Social de Derecho:

(...) el objetivo del Estado es alcanzar la máxima igualdad entre los hombres aún a costa de las libertades individuales. En vez de tanta libertad como sea posible, el axioma llegó a invertirse sustituyéndose el papel central que en el sistema del Estado de Derecho desempeñaba la libertad, por una igualdad diseñada por el poder público. (p. 66)

Consideramos que es este el plano en que se debe ubicar hoy la actuación de la administración: régimen exorbitante con prerrogativas y potestades, limitado y condicionado por un principio de legalidad en un sentido amplio y abierto principalmente a la Constitución y un modelo de Estado Social de Derecho, que implica la variación del contenido de los derechos que por excelencia debe proteger el Estado.

Este marco dentro del que se deben establecer las relaciones de poder de la administración con los ciudadanos, sin duda, debe constituir el punto de partida del juez contencioso administrativo al momento de ejercer el control que le ha sido encomendado. En ese sentido, por ejemplo, al juzgar la concordancia de los actos de la administración con todo lo que implica el sistema jurídico, no solamente se debe contrastar con la letra de la ley, sino que teniendo como eje a la Constitución, el examen ha de ser completo frente a las exigencias de una norma que integra la protección amplia de derechos, libertades y garantías democráticas en todos los niveles de poder del Estado.

1.2. El acto administrativo como principal instrumento de realización de los fines de la administración pública

En orden a lo establecido precedentemente, son varias las maneras en las que la administración despliega su poder, una de ellas son los actos de ejecución material como los hechos, las

omisiones o las operaciones administrativas, que se constituyen en comportamientos materiales que traducen una actividad física de la administración.⁷

No resultará de este trabajo un análisis sobre el control jurisdiccional de estos actos materiales y la responsabilidad que se genera con las consecuencias negativas hacia los ciudadanos, por lo que nos concentraremos solamente en estudiar el ejercicio de la función administrativa a través de la expedición de actos jurídicos unilaterales, los llamados actos administrativos.

Igualmente es válido aquí puntualizar, entonces, que para efectos del objeto concreto de este trabajo lo que se tratará de demostrar con relación a los efectos de la nulidad de los actos de la administración, gravita en el campo del acto administrativo entendido como manifestación unilateral de la voluntad, ya sea por la expedición de decisiones individuales o personales (actos administrativos particulares) o por regulaciones o reglamentaciones de carácter general e impersonal (actos administrativos generales), más no de los contratos estatales, que aunque también son actos que materializan la satisfacción de las finalidades estatales, tienen un régimen propio y autónomo mucho más cercano a las reglas de derecho común.⁸

⁷ Creemos que una explicación clara sobre el concepto y régimen aplicable al hecho administrativo se puede consultar en: Dromi J.R. (1987). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. Tomo 1, pp. 197-200.

⁸ Gordillo, esquematiza así la diferencia entre estas dos formas de actuación de la administración: “*Puede entonces advertirse que dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos, existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y otro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad. Los primeros reciben generalmente la denominación de “contratos administrativos” y tienen un régimen propio diferenciado y bastante autónomo: Ante tal circunstancia cabe preguntarse si no es más conveniente evitar la duplicación de los términos “acto administrativo” y “contrato administrativo” y puesto que estos últimos tienen ya una caracterización propia y específica y una*

Así las cosas, nos enfocaremos en repasar sobre esta idea de acto administrativo, su definición, características y algunas clasificaciones básicas y útiles a este trabajo, sin perder de vista que este debe ser producto de un poder público aconductado y sometido al derecho, ejercido a través de unos procedimientos garantísticos previamente definidos (Santofimio, 2003), lo que indudablemente garantiza la realización de ese necesario equilibrio entre la autoridad de la administración y los derechos y libertades de los ciudadanos en busca del bien común. Como lo afirma Cassagne (2009):

La teoría del acto administrativo demuestra que su elaboración y desarrollo ha tenido en cuenta no sólo el interés público que el Estado persigue al extender los efectos de su accionar al ámbito externo sino también y en una medida importante, las garantías debidas al administrado que surgen del sometimiento de la Administración Pública a determinados principios y reglas jurídicas que, en tanto justas y razonables, poseen legitimidad. (p. 108)

La conceptualización del acto administrativo desarrollada por la doctrina es disímil en virtud a la utilización de múltiples criterios y enfoques⁹, sin embargo, comenzaremos por recordar la importancia de calificar al acto administrativo como un acto jurídico de naturaleza específica. Es

denominación corriente y también específica, conceptualarlos y caracterizarlos independientemente de los actos unilaterales". Gordillo (2013, p. 217)

⁹ Santamaría Pastor, manifiesta al respecto que *"El concepto de acto administrativo posee, en efecto, un grado de indeterminación realmente inquietante. Sus causas pueden reducirse a dos: de una parte, la disparidad teórica: el acto administrativo ha sido objeto, a lo largo de los pocos más de doscientos años de su historia, de diversas construcciones doctrinales, difícilmente reconciliables entre sí; y, de otra, la impresionante variedad de las actividades que la Administración lleva a cabo, que hace muy difícil la construcción de esquemas doctrinales unitarios.* (Santamaría Pastor, 2005, p.127)

un acto jurídico público del Estado, sometido a las reglas del derecho administrativo.¹⁰ Estas características le atribuyen la capacidad de crear, mediante actos de voluntad de la administración, obligaciones de manera general o para un sujeto determinado¹¹ en procura de alcanzar el interés público. Su causa será entonces sin excepción, la protección del interés público.

Esta primera idea, nos sitúa en la concepción de acto administrativo en sentido amplio, es decir, que dentro de este concepto se encuentra tanto el acto administrativo general o normativo, como el acto administrativo particular y concreto. Si bien es conocida la discrepancia de criterios en torno a calificar al acto normativo (también llamado reglamento) como una especie de acto administrativo, al considerarse que este es una manifestación de la administración más bien vinculada al poder de expedir normas generales y abstractas a semejanza del legislador, en nuestro país se ha analizado este tipo de norma como una especie de acto administrativo, en virtud a que como lo afirma Santofimio (2003, p. 161), es preciso este entendimiento por las características de nuestra estructura procesal y porque ambos tipos de norma deben estar sujetos a los principios constitucionales que rigen la actuación de la Administración.

¹⁰ La teoría según la cual algunos actos de la administración se debían regir por el derecho privado, está hoy revaluada. Gordillo afirma que hoy está prácticamente abandonada la antigua doctrina que afirmaba que existen una doble personalidad del Estado: como persona de derecho público y como persona de derecho privado y que por tanto existen dos tipos de actuación: los actos administrativos y los actos privados de la administración (Gordillo, 2013, p. 117).

¹¹ La idea de que el elemento básico del acto sea la producción de efectos jurídicos a través de declaraciones de voluntad, es de clara influencia iusprivatista alemana, que busca una correlación entre acto administrativo y negocio jurídico. Sin embargo, como se estudiará más adelante, aunque la influencia del derecho privado era en términos de Santamaría Pastor (2005, p.129) “*perfectamente previsible en virtud a la fascinación que en todos los ámbitos académicos produjo el imponente edificio conceptual del pandectismo alemán*”, cuestiones como las clasificaciones, la eficacia y el régimen de invalidez y extinción del acto producido por la administración, no pueden tener el mismo nivel de influjo del derecho civil, en virtud a que la causa de los actos de uno y otro derecho, es completamente diferente y algunas veces contrapuesta.

Así, Garrido Falla (1994, p. 424) por ejemplo incluye dentro del acto administrativo al de contenido general, en razón a que ambos están sometidos a un régimen jurídico con dos principios básicos inmutables: sumisión a la ley y a las normas jerárquicamente superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión.

Sin embargo, se abordará más adelante y con más profundidad las posiciones contrapuestas sobre el punto, en cuanto esta distinción es la que hoy fundamenta la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que determina los efectos de las sentencias de nulidad, dependiendo de la clase de acto que se esté juzgando, de manera que si es un acto de carácter general, su declaratoria tendrá efectos hacia el futuro (no retroactivos *–ex nunc–*) pues la norma enjuiciada tiene materialmente el contenido de una ley; y por su parte, si el acto administrativo es particular, los efectos de la nulidad serán retroactivos (*ex tunc*), ya que se tratará siempre de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, con el fin de proteger los intereses y derechos individuales de los administrados.

Ahora bien, siguiendo con el intento de acoger un concepto de acto administrativo, cabe mencionar que es necesario tomar en cuenta los varios criterios elaborados doctrinariamente para determinar la presencia de aquel. Entre muchos, podemos mencionar que de acuerdo con el criterio orgánico, será un acto administrativo aquel que es expedido por la Administración Pública, aunque no contenga una decisión propiamente dicha; unido estrechamente a él, se encuentra el criterio formal que indica que un acto es administrativo si sigue el procedimiento

propio consagrado por la ley para su expedición, es decir, si reviste la forma de acto definida por la ley¹²; de acuerdo con el criterio material, estamos en presencia de un acto administrativo, siempre que su contenido coincida con la materia administrativa. Por otro lado, de acuerdo con el criterio normativo, el acto administrativo es aquel que se encuentra subordinado por la ley y ubicado dentro del sistema jurídico por debajo de ella –criterio jerárquico- (Santofimio, 2003, p. 128) y, finalmente, de acuerdo con el criterio del control judicial, el acto administrativo es aquel susceptible de revisión jurisdiccional por parte del juez contencioso administrativo.¹³

Atendiendo a una conjugación de estos criterios doctrinalmente elaborados y precisado que dentro de la categoría de acto administrativo se encuentra una especial, referida a los de contenido general –reglamentos-, podemos, tomando algunas consideraciones de la clásica formulación de Zanobini, acercarnos a la conceptualización de acto administrativo como aquel *acto expedido por el poder público, por cualquiera de sus órganos, en ejercicio de una potestad administrativa, que contenga una manifestación de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo y que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos de manera particular o general.*

1.3. Algunas clasificaciones de los actos administrativos

La importancia de las clasificaciones que se desarrollan enseguida está determinada por la utilidad que representan para el análisis específico realizado en este trabajo, razón por la cual no

¹² Este criterio por ejemplo es el único que debe atenderse en opinión de Garrido Falla (1994, p. 407).

¹³ Este es el enfoque desarrollado por Parada (2010, p. 97), para conceptualizar y caracterizar los actos administrativos.

siguen un estricto desarrollo de todos los criterios y especies de actos que la doctrina se ha dado a la tarea de elaborar.

Son pues objeto de estudio las clasificaciones entre acto administrativo de contenido general y acto administrativo de contenido particular y concreto, realizando un especial análisis de los actos normativos expedidos por la administración, llamados comúnmente reglamentos, los cuales en otros sistemas jurídicos como el español o el argentino son distintos de los actos administrativos generales.

La intención será advertir que si bien en nuestro sistema jurídico esta distinción no aparece acogida por la ley, lo cierto es que la jurisprudencia o la doctrina mayoritaria advierte que materialmente existen manifestaciones de voluntad de las autoridades públicas que pueden pertenecer a una u otra categoría (acto general o reglamento) y que por ello, hablar sin distingo de acto administrativo general como acto normativo, resultará cuando menos una afirmación incompleta, especialmente cuando con base en esta categoría se justifica la aplicación de los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad.

De la misma manera, frente al acto administrativo particular y concreto, se realizará una descripción y caracterización específica sobre los actos que imponen un gravamen y aquellos que benefician al particular, en el entendido de que esta diferencia a propósito del contenido material

de los actos particulares, debe ser, en nuestro concepto, determinante para fijar el alcance de las sentencias de nulidad.

1.3.1. Actos Administrativos Generales: normativos y no normativos

Como ya se mencionó, un criterio importante de clasificación del acto administrativo es el que atiende a la extensión de sus efectos jurídicos¹⁴: actos administrativos generales y actos administrativos particulares. Anticipadamente hemos afirmado que dentro de la categoría de acto administrativo general nuestra doctrina no distingue ningún tipo de subclasificación o tipología, por lo que serán definidos como todos aquellos que contienen normas generales y abstractas y son estudiados como una fuente del derecho, específicamente del derecho administrativo, en virtud a su carácter normativo, es decir, se desprenden de sus mandatos impersonales una serie de condiciones y reglas para ser aplicadas en la actuación de la administración y de los individuos frente a ella.

De acuerdo con Santofimio (2003, p. 161) los actos administrativos generales se refieren a aquellas expresiones del poder público administrativo *“que comprende todas aquellas manifestaciones normativas, sean reglamentarias o reguladoras, provenientes de cualquier autoridad administrativa, caracterizadas por su generalidad y que tiene como fundamento directo la Constitución Política o la ley”*. Así las cosas, en contraposición a estos actos, se

¹⁴ Una referencia sobre el sector de la doctrina que considera este criterio de clasificación, se encuentra de manera satisfactoria en Garrido (1994, p. 424).

encuentran los particulares y concretos, que crean un derecho o imponen una restricción concreta a una persona o grupo de personas determinadas o determinables¹⁵.

Sánchez Torres (2004, p. 222) define a los actos generales mediante un criterio residual, indicando que son generales todos los actos que no crean derechos subjetivos y que no resuelven una petición específica de un particular frente a la administración. Son en la práctica, actos de naturaleza administrativa que no tienen el carácter de ley, sino que refieren a sus competencias administrativas y que no tienen un contenido particular, como por ejemplo, la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Para la jurisprudencia contencioso administrativa, siguiendo esta misma línea, la diferencia entre un acto administrativo particular y concreto y uno general, radicará entonces en la indeterminación de los sujetos destinatarios del mismo, de manera que si la declaración de voluntad va dirigida a un sujeto o sujetos determinados, afectando sus derechos o deberes, será una situación particular y concreta; y si el acto es simplemente una disposición general que no afecta directamente un sujeto, sino que produce un efecto jurídico general dentro de la administración, estaremos frente a un acto de contenido general:

¹⁵El rasgo de generalidad como criterio de clasificación de los actos particulares y generales, no siempre resulta claro y determinante, así por ejemplo, existen actos administrativos que crean situaciones particulares a un número plural de personas muy difícil de determinar, por ejemplo cuando se fija un horario de trabajo para los empleados de la administración, o cuando se otorga un beneficio a una población determinada como los desplazados o los damnificados de una gran catástrofe e igualmente existen actos administrativos reglamentos que fijan un ámbito de aplicación bastante restringido y limitado que termina abarcando un número muy pequeño de situaciones.

La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado esta Sala: “Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman”. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 4 de marzo de 2010 (Exp. 11001-03-25-000-2003-00360-01))

Como se aprecia, para el derecho colombiano, las categorías de acto administrativo particular y concreto y acto administrativo general, se contraponen principalmente bajo dos criterios: el normativo (el general crea una norma y el particular es el resultado de la aplicación de ese derecho creado) y el relacionado con la impersonalidad o no de sus destinatarios. Desde estas perspectivas los actos administrativos generales serán entonces actos normativos que contienen reglas que generan siempre una pauta de conducta general, abstracta e impersonal.

Sin embargo, esta conclusión merece una reflexión acerca de las diversas y variadas manifestaciones normativas de la administración, que difieren sustancialmente de acuerdo con las competencias constitucionales y legales que las sustentan. Ibáñez (2007, p. 543) sostiene que en este ejercicio, se debe diferenciar la regulación de la reglamentación, pues son dos fuentes normativas que si bien se ejercen por parte de autoridades administrativas, devienen de un papel distinto con unas especificidades propias.

Así, la regulación es un proceso de creación del derecho genuino, que la Constitución hace directamente en algunas materias, pero que por excelencia defiere al legislador con la cláusula general de competencia (en nuestro caso, la contenida en los artículos 114 y 150) y, otras veces, atribuye dicha facultad a diversas autoridades administrativas. En este orden, regular una materia significa crear “originariamente verdaderas normas jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto a través de las cuales se comienza a ordenar la vida social” (Ibáñez, 2007, p. 544).

El ejercicio administrativo de la regulación, explica el mismo autor, es un proceso de “deslegalización”, es decir, un proceso en donde a la par del legislador, la Constitución ha querido que otras autoridades de carácter administrativo expidan normas que regulan por primera vez determinados temas y, por tanto, no hay una mediación del legislador, pues en realidad lo que pasa es que la administración actúa como el legislador mismo. En términos de Ibáñez (2007):

En tal caso, opera lo que se conoce como el fenómeno de la deslegalización, esto es, que lo que antes era objeto de regulación por parte del legislador en ejercicio de la función legislativa –bien fuere por expreso mandato del constituyente o en virtud de la cláusula general de competencia en cabeza del legislador-, deja de serlo, y ello de manera expresa, pues el constituyente quiere que, en lo sucesivo, la regulación corresponda ahora a una autoridad administrativa como expresión o en ejercicio de la función administrativa. (p, 565)

Así, por ejemplo, el artículo 257 de la Constitución, le señala al Consejo Superior de la Judicatura unas funciones de regulación específicas sobre el funcionamiento de la Rama Judicial; el numeral 12 del artículo 268, le otorga la potestad regulatoria al Contralor General de la República para dictar normas generales con el fin de armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial; los numerales 14, 15, 16, 17 y 25 del artículo 189, le otorgan al Presidente de la República la facultad de regulación para modificar la estructura del Estado¹⁶, entre otros. Todas estas normas expedidas en virtud de esta facultad se denominan actos administrativos de carácter general.

Ahora bien, otra cosa distinta es la potestad reglamentaria, en donde el objeto de la reglamentación es la norma que regula una materia. Por excelencia, de acuerdo con el numeral 11 del artículo 189, corresponde al Presidente de la República reglamentar las leyes para su

¹⁶ La lista completa de todas las facultades de regulación otorgadas por la Constitución a diferentes autoridades administrativas, se encuentra en Ibáñez, 2007, Págs. 565 - 648.

debida ejecución a través de decretos. Este ejercicio consecuencialmente produce actos reglamentarios que tienen un alcance limitado por la ley, pero contienen también normas o pautas de conducta generales, abstractas e impersonales.

La diferencia entre estas dos actividades, en términos de Ibáñez (2007, p. 649), consiste en que “mientras que con la regulación se hace la creación originaria del derecho mediante normas de carácter general, impersonal y abstracto, las cuales constituyen materia reglamentable, con la reglamentación se complementa dicha regulación con el objeto de lograr su cumplida ejecución”. En términos por ejemplo de nuestra Corte Constitucional, en sentencia C-1005 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, la potestad reglamentaria:

(...) exige que la ley haya configurado previamente una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual, el Gobierno puede ejercer la función de reglamentar la ley con miras a su debida aplicación, que es de naturaleza administrativa, y está entonces sujeta a la ley. Y es que si el Legislador no define esa materialidad legislativa, estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley. El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria, ha dicho esta Corte, es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar.

Esta idea que compartimos, lleva necesariamente a la conclusión de que el reglamento es un acto normativo, una verdadera fuente del derecho administrativo que determina pautas generales de conducta, pero que sin embargo, no será nunca equivalente a la ley. Esta diferencia de grado deriva en la necesaria distinción entre reglamento y ley. Para Muñoz Machado (2006) la relación que existe entre la ley y el reglamento se define de la siguiente manera:

Casi todo este tiempo, como esperamos probar, se ha tardado en ordenar las relaciones definitivas entre la ley y el reglamento y reafirmar, ahora como un dogma más rígido y verosímil, que el reglamento es una norma de categoría inferior a la ley, que no puede invadir los dominios que la Constitución confía a la intervención del legislador y que, habitualmente, no tiene otra función que la de completar y desarrollar, ejecutándolas, las regulaciones contenidas en la ley. (p. 852)

(...) los reglamentos son piezas normativas precisas para que las disposiciones que las leyes contienen, más genéricas y abstractas, puedan ser aplicadas en la práctica. Son, para la ley, imprescindibles e insustituibles porque esa misma función de pormenorización, preparación de la aplicación y desarrollo, no la podía llevar a cabo el legislador, unas veces por razones técnicas y otras de medios, pero siempre, además, porque en tal caso cada ley requeriría una elaboración tan detallada de su contenido que la productividad parlamentaria anual descendería, abandonándose la atención a otros objetivos relevantes. Por lo demás, la ley no debe perder sus características de norma general y principal. El proceso de *legis executio* requiere la

conurrencia de otros instrumentos, entre los cuales los reglamentos, hasta llegar a su aplicación al caso concreto. (p. 855)

Con todo es posible afirmar que a pesar de que materialmente un reglamento equivalga a una norma general y abstracta como la ley, no aparece claro que de ello se derive que el reglamento sea una norma jurídica a la que se le aplique el régimen jurídico de la ley. Creemos que este criterio material es insuficiente, pues si bien es posible atribuir las características materiales de la ley a los reglamentos, no es posible asimilar otros aspectos como el procedimiento, que ligado a la ley implica el ejercicio y la vivencia necesaria de elementos democráticos y de representación importantísimos¹⁷.

Así mismo, el régimen de control jurisdiccional, en el que las leyes son estudiadas en virtud a la trasgresión formal o material a la Constitución, más no por todos los vicios que pueden endilgársele a un acto administrativo, como por ejemplo, la falsa motivación o la desviación de poder.

La forma de atacar los vicios que pueden presentarse en los actos administrativos y sus consecuencias, obedecen a la necesidad de proteger el ordenamiento jurídico y a los particulares

¹⁷ La legitimidad democrática de la ley, no es una cuestión que pueda predicarse de los reglamentos, la potestad reglamentaria del Presidente de la República por ejemplo, si bien es ejercida por quien ha sido apoyado en la mayoría que le lleva al poder, crea Derecho mediante un procedimiento carente de las características de publicidad, debate y deliberación que, en cambio, acompañan la elaboración y la aprobación de la ley. (Sánchez, 2004, p. 124)

de los abusos o extralimitaciones que, precisamente, la autoridad administrativa puede llegar a cometer en virtud del ejercicio de su función, la cual siempre estará acompañada de las prerrogativas del régimen exorbitante al que ya se hizo alusión.

En esta misma línea puede afirmarse, como lo expresa también García de Enterría & Fernández (1986), que el contenido de la ley no proviene de una ejecución de la Constitución, por lo que el legislador “actúa con plena libertad, libertad que no puede ser equiparada a la de una mera discrecionalidad administrativa, sino que supone una libertad política de configuración de contenidos normativos de un ámbito necesariamente mucho más amplio” (p. 145). En el campo del acto administrativo de contenido general y especialmente aquel derivado de la potestad reglamentaria, dicho acto no es otra cosa que el desarrollo de la ley, de manera que la materia y la extensión de las normas que crea, son absolutamente determinadas y delimitadas por la ley misma.

Al igual que los actos regulatorios, los actos reglamentarios en nuestro derecho también se denominan actos administrativos generales y comparten este mismo nombre con los actos de la administración, es decir, aquellos que se expiden para regular el funcionamiento interno de las entidades y que, por ende, no producen efectos jurídicos con relación a terceros. Como bien lo indica Manuel María Díez (1965),

(...) podemos decir que al lado de los actos administrativos que la administración dicta con objeto de crear derechos y obligaciones a favor o a cargo de los administrados, la administración pública dicta también una serie de medidas destinadas a regular su propio funcionamiento, a preparar sus decisiones o hacerlas conocer a terceros (...) Son actos, los de la administración, que caen íntegramente en el interior de la administración. Estas disposiciones toman distintas denominaciones. Pueden llamarse reglamentos internos, circulares, instrucciones. Son manifestaciones de un poder de auto-organización de la administración o de la supremacía jerárquica del órgano del que emanan con relación a los órganos inferiores. (p. 211)

Surge entonces la necesidad de diferenciar entre los reglamentos y los actos administrativos generales propiamente dichos. Para la doctrina extranjera, por ejemplo en García De Enterría & Ramón Fernández (1986), el reglamento se corresponde con los actos normativos abstractos e impersonales y no constituyen una especie de acto administrativo, toda vez que su naturaleza los ubica dentro del ordenamiento jurídico en una posición muy distinta a la del acto administrativo general:

No sería correcto, pues, explicar el Reglamento como un simple acto administrativo general y hacer aplicación al mismo de toda la teoría de los actos... El Reglamento no es ni una Ley material ni un acto administrativo general; es sin duda, un *quid aliud* frente a esas dos instituciones más comunes y conocidas (...) El Reglamento de esta manera innova el ordenamiento (fuente del derecho), en tanto que el acto se

limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto”. (p. 189)

La diferencia teórica entre el reglamento y el acto administrativo propiamente dicho, de acuerdo con los autores citados, reside en que el reglamento se integra en el ordenamiento jurídico, de manera que su aplicación no agota el contenido normativo, sino que lo afirma, lo consolida; en tanto que el acto administrativo sea singular o general, se agota en su simple cumplimiento, de suerte que para un nuevo cumplimiento habrá de dictar eventualmente un nuevo acto (García De Enterría & Ramón Fernández, 1986, p. 191).

En palabras de Parada (2010) el reglamento:

(...) es una norma y como tal no se agota por una sola aplicación ni por muchas, sino que cuanto más se aplica más se refuerza su vigencia; por el contrario, el acto administrativo general es flor de un día, pues no tiene ninguna vocación de permanencia, que es lo característico de las normas, aunque afecte a grupos numerosos de ciudadanos o, incluso, a todos; se extingue en una sola aplicación (pp. 70-71)

Como se aprecia, el reducido nivel de abstracción y generalidad de los actos administrativos generales en comparación con el reglamento, hace que exista una diferencia entre ellos. Pensemos por ejemplo en un acto administrativo expedido por una entidad estatal en ejercicio de la función administrativa atribuida por la ley, que disponga la creación de un cargo en la planta de personal. No podremos afirmar que se trata de un acto administrativo particular y concreto, pues directamente no afecta los derechos a favor o a cargo de ningún particular, sin embargo, la aplicación del contenido del acto, es decir, la creación del cargo en la planta de la entidad, agota el acto mismo de suerte que su nivel de abstracción es muy reducido.

Pese a todo, a este acto, al igual que a los actos regulatorios y a los actos reglamentarios, lo llamamos actos administrativos de carácter general. Esta conclusión es de valía para la investigación, precisamente, porque a la hora de ejercer el control jurisdiccional es problemático este tipo de generalización.

Por ejemplo, en la delimitación del objeto de los medios de control nulidad por inconstitucionalidad y nulidad simple, el mismo Consejo de Estado al definir la regla para entender su competencia, acepta una diferenciación implícita de esta categoría de actos, definiendo que la nulidad por inconstitucionalidad tendrá como objeto los actos que no sean expedidos en ejercicio de la función administrativa. Estos serán pues, según nuestras consideraciones, los decretos regulatorios no solo del gobierno, sino de todas las autoridades facultadas constitucionalmente al efecto. Así reza una sentencia del Consejo de Estado:

(...) las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos del gobierno nacional, que no sean expedidos en ejercicio de función administrativa compete a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pero cuando la acción de nulidad por violación directa de la Constitución Política versa sobre actos administrativos propiamente dichos, expedidos por una autoridad nacional, diferente de aquellas que integran el Gobierno nacional, el conocimiento no corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sino a una de las secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, según la especialidad o materia de que trate el acto impugnado, de conformidad con la distribución de asuntos hecha por el Reglamento Interno expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009 (Exp. 2001-0037-01 (20691))

En resumen, los decretos expedidos en ejercicio de facultades constitucionales regulatorias no desarrollan una función administrativa, sino más bien legislativa y por ello, el control constitucional se debe ejercer a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. De allí que el legislador haya previsto para esta acción unas disposiciones semejantes a las de la acción de inconstitucionalidad de las leyes, pues materialmente se está frente a una función legislativa, tal es el caso de los efectos en la aplicación de la sentencia.

Como se sabe, el inciso tercero del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo el juez podrá disponer unos efectos diferentes”. Esta misma disposición está consagrada para los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad (artículo 45 de la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia).

Ahora bien, frente al control de legalidad realizado sobre los actos administrativos de carácter general, expedidos en ejercicio de la función administrativa, el artículo 137 de la misma ley, dispuso, siguiendo el esquema diseñado por la anterior normatividad, el medio de control de la nulidad. Allí se estudiará entonces la legalidad tanto de los reglamentos (actos normativos) como de los actos administrativos generales propiamente dichos, que en ocasiones tendrán un nivel de abstracción reducido y no generarán una pauta de conducta que perdure en el tiempo más allá de su aplicación.

Aquí es preciso recalcar lo ya concluido: ninguna de estas dos manifestaciones de la administración es equiparable a la ley, en tanto que los actos regulatorios si lo son y por ello deben ser objeto de la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Tal análisis deviene pertinente al encontrar en nuestra jurisprudencia que los efectos hacia el futuro o *ex nunc*, que algunas veces se le dan a las sentencias de nulidad simple, se soportan en argumentos que equiparan al acto general con la ley. Este argumento, genera dos tipos de confusión, el primero surge de no distinguir entre actos regulatorios y actos reglamentarios, pues son solo los primeros los que pueden equipararse verdaderamente a un ejercicio de legislación, de producción genuina de normas generales, abstractas e impersonales, lo que deriva en que la aplicación del régimen de la ley, por ejemplo en cuanto a su anulación, es viable y legítima. Lo segundo es que la afirmación que contiene el argumento da por sentado que todos los actos generales son actos normativos, cuando es posible encontrar actos generales con un nivel de abstracción reducido.

Si damos por sentado esta regla de la jurisprudencia, tendríamos una contradicción en los casos en que se demande en simple nulidad un acto general no normativo, pues la sentencia se aplicaría con efectos *ex nunc*, solo por tratarse de un acto general; pues los actos generales son equiparables a ley por su carácter normativo.

En nuestro ordenamiento, el tratamiento jurisprudencial al respecto de la naturaleza de las normas de carácter general y abstracto expedidas por la administración, ha sido el de catalogarlos como actos administrativos de contenido general, alejándose así de la posición doctrinaria que plantea la necesidad que este tipo de normas se separen definitivamente del concepto de acto administrativo.

1.3.2. Actos administrativos particulares y concretos: Actos Favorables y Actos de Gravamen

Los actos administrativos particulares y concretos se corresponde con la idea de una declaración, por regla general, de voluntad¹⁸ de una autoridad en cumplimiento de su función administrativa y que produce efectos jurídicos a un sujeto o sujetos concretos, es decir, modifica de alguna manera la órbita de sus derechos o deberes.

Ya comentamos la posición jurisprudencial que identifica la diferencia entre un acto administrativo particular y concreto y uno general, con la indeterminación de los sujetos destinatarios del mismo, de manera que si la declaración de voluntad va dirigida a un sujeto o sujetos determinados, afectando sus derechos o deberes, será una situación particular y concreta; y si el acto es simplemente una disposición general que no afecta directamente un sujeto, sino que produce un efecto jurídico general dentro de la administración, estaremos frente a un acto de contenido general.

Este tipo de acto administrativo ha sido clasificado doctrinalmente acudiendo a múltiples criterios, entre los cuales se encuentran por ejemplo el procesal, que los divide en actos definitivos y actos de trámite; el que apunta a la forma de su exteriorización y los clasifica en

¹⁸ Aunque como ya se mencionó en la conceptualización de acto, corresponde también a otros ejercicios intelectivos de la administración como declaraciones de juicio o conocimiento.

actos expresos y presuntos; el referido a las limitaciones normativas a la hora de su elaboración, como los actos reglados y los actos discrecionales, etc.

Sin embargo, tal vez la clasificación que más importa a efectos de tratar la temática del presente trabajo, lo constituye aquella que atiende al contenido y que divide los actos administrativos particulares en favorables o de gravamen. A continuación realizamos una mención especial a esta clasificación que permitirá más adelante elaborar uno de los criterios que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de darle un determinado efecto en el tiempo a su sentencia.

Se plantea así la existencia de actos favorables o declarativos de derechos y actos ablatorios o de gravamen, dependiendo si mediante los mismos “se constituyen o amplíen situaciones jurídicas de carácter activo o pasivo, respectivamente” (Santamaría Pastor, 2005, p. 135).

La clasificación refiere indiscutiblemente a que los favorables, son actos que como su nombre lo indica, tienen un efecto positivo para su destinatario, de manera que amplían su esfera jurídica de derechos. En la legislación española, como lo afirma Parada (2010, p. 112), estos actos son fáciles de dictar pero difíciles de revocar o anular, ya que no necesitaran mayor motivación para su expedición, pero sí un procedimiento formalizado y estricto para su revocación. En igual sentido, Santamaría Pastor (2005, p. 135) indica que estos actos solo pueden ser revocados por la administración mediante el procedimiento de revisión de oficio regulado en el artículo 102 de la

LRJAP -Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en España- en el caso de que se hallen afectados de nulidad de pleno derecho, de lo contrario deben necesariamente impugnarse ante la jurisdicción contencioso administrativa.¹⁹

Por otra parte, los actos de gravamen o también llamados ablatorios, constituyen cargas o imposiciones a sus destinatarios, de manera que se convierten en restricciones a la libertad o los derechos de las personas o pueden imponer sanciones. Parada (2010) menciona que para su expedición,

(...) se exigen determinadas garantías a favor de los beneficiados, siendo inexcusable el trámite de audiencia del interesado y la motivación, sin que en ningún caso pueda reconocérseles efecto retroactivo. En lo que atañe a su revocación, la regla es no oponer a la misma exigencias procedimentales, pero si un límite material: <<que la revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico>>.

(p.113)

¹⁹ Estas afirmaciones doctrinarias descansan en las particularidades de los ordenamientos jurídicos español y alemán, que regulan un procedimiento detallado y minucioso sobre la revocatoria de los actos administrativos. Así, por ejemplo en Alemania, esta cuestión está regulada por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LPA) que rige en ese país desde el 1 de enero de 1977, específicamente en los artículos 48 y 49. Una descripción completa de la regulación y el funcionamiento de la revocatoria de los actos administrativos de acuerdo con esta ley alemana, se puede encontrar en Durán Martínez (2011, p.525 y ss).

En Colombia, si bien no existe una mención expresa sobre esta clasificación entre actos administrativos de contenido particular, sí encontramos algunas normas que indican que materialmente se está frente, por ejemplo, a un acto favorable para el individuo, lo que precisamente determina el contenido de la regulación. Una de ellas es el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, que nos indica el procedimiento para revocar un acto administrativo particular y concreto y específicamente regula que cuando “haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría”, no será posible su revocación sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Esta norma se refiere entonces a la revocatoria de actos de contenido particular positivos o favorables. Y sin regular sistemáticamente cuáles serán las consecuencias de una revocatoria frente a estos actos, lo único que se dispone es que sin obtener el consentimiento requerido, deberá necesariamente demandarse ante la jurisdicción contencioso administrativa, de suerte que será el juez a quien le corresponderá pronunciarse sobre la validez del mismo.

Otra manifestación normativa que atiende el contenido favorable de los actos para determinar sus consecuencias es el literal c del numeral 1 del artículo 164, que indica que un acto administrativo se podrá demandar en cualquier tiempo cuando “c). Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.

La última parte de esta regla constituye una limitación derivada, precisamente, de la favorabilidad del acto administrativo que reconoce una prestación periódica a un particular, de modo que el juez no podrá ordenar que la administración recupere lo que un particular ha recibido de buena fe, si considera que el acto es inválido. En otras palabras, su sentencia no podrá tener efectos hacia el pasado. Sin duda este artículo representa una regla importante que se relaciona directamente con el objeto de estudio del presente trabajo, por ello, volveremos sobre el punto más adelante al analizar los criterios elaborados por el legislador para darle un determinado alcance temporal a las sentencias de nulidad. Por ahora, queremos reconocer que esta clasificación de acto administrativo no ha sido ajena a nuestra regulación positiva.

A pesar de la existencia de algunos parámetros legales, en nuestro sistema jurídico, a diferencia del español, no existe una regulación sistemática sobre las consecuencias tanto de la revocatoria como las nulidades de los actos administrativos determinadas por el contenido material del acto (favorable o desfavorable)²⁰. En realidad, las reglas principalmente en materia de efectos de la nulidad son escasas en nuestro derecho positivo, lo que ha hecho que la práctica judicial construya algunos criterios para determinar dichos alcances.

Son precisamente estos intentos de sistematización de la jurisprudencia los que se analizarán adelante, proponiendo un replanteamiento de algunos y realizando la construcción de unos parámetros razonables que, a falta de legislación, el juez pueda utilizar para que su sentencia

²⁰ En Parada (2010, pp. 189 a 193) se encuentra una descripción además comparada con el derecho Alemán, de las consecuencias precisas que origina las figuras de revocatoria y anulación de un acto administrativo, atendiendo a si se está frente a un acto de gravamen o a un acto favorable.

satisfaga las demandas de justicia, cumpliendo a cabalidad con el objetivo de su principal función como controlador de la legitimidad de los actos administrativos.

2. LOS ATRIBUTOS Y LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Abordar el estudio del control judicial de la legalidad de los actos administrativos, lleva irremediablemente a tocar el tema de los atributos y los elementos del acto, pues estas características hacen que ese tipo de control -que no es otra cosa que el examen de su validez- sea especial y atienda disposiciones procesales y sustanciales creadas por la particular estructuración de la actuación administrativa, lo que indefectible y definitivamente lo distancia del estudio de la validez de un acto de derecho privado.

Se procederá entonces en este capítulo a realizar una síntesis de los atributos y los elementos del acto administrativo con unas intenciones precisas: por un lado, caracterizar de manera específica al acto administrativo, logrando diferenciarlo del acto jurídico privado, desde sus atributos. Por otro lado, la definición de los elementos del acto permite entender el control de la legalidad del mismo a partir de cada uno de ellos y, por tanto, creemos que introduce de manera adecuada el estudio del control de legalidad al que algunos también llaman control de legitimidad, como se verá más adelante.

2.1. Los atributos del Acto Administrativo

Doctrinariamente se han establecido como atributos o características del acto administrativo la ejecutividad, la ejecutoriedad, la presunción de legalidad y la vocación de permanencia²¹.

²¹ En este punto se encuentran también algunas variaciones de acuerdo con la doctrina. Así, por ejemplo Diez (1965), añade a estas características la revocabilidad; Santofimio (2003) indica que la irretroactividad es un atributo del acto

Revisaremos entonces cada uno de estos atributos, para concluir que al predicarse solamente de los actos administrativos, se agranda la brecha que los distancia de los actos jurídicos privados.

2.1.1. La Ejecutividad

Está vinculada directamente con la eficacia del mismo, es decir con la producción de todos los efectos jurídicos que naturalmente deben desprenderse de su contenido. Una vez nacido a la vida jurídica, el acto administrativo debe exteriorizarse, darse a conocer, con el fin de que trascienda y se pueda aplicar realmente su contenido a todas las situaciones e individuos a los cuales proyecta su espectro decisorio. En términos de Diez (1965)

(...) la primacía de la acción frente al quietismo, supone que los actos administrativos no queda en pura especulación; supone que la producción de esos actos ha de incidir, directa o indirectamente, sobre la realidad jurídica, vale decir, supone que esos actos son eficaces”. (p. 274)

El carácter ejecutivo del acto entonces se concreta en los procedimientos para exteriorizar las decisiones ya sean de carácter particular o general, es decir, en el cumplimiento de la tarea publicitaria necesaria para lograr que los efectos queridos se cumplan frente a sus destinatarios; en caso contrario, es decir, cuando no se dé el cumplimiento debido por parte de los ciudadanos,

administrativo de contenido particular. Sánchez (2004) menciona además como atributos del acto a la validez y eficacia.

nace irremediamente la obligación de imponerlos de manera unilateral por la administración, en virtud de la fuerza ejecutoria que de ellos emana (Santofimio, 2003, p. 136).

El artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, señala los momentos específicos en los que adquieren firmeza los actos administrativos, lo que determina el nacimiento de las obligaciones jurídicas que contiene, es decir, que “la firmeza implica, en principio, que la decisión se torna incuestionable, lo que a su vez conlleva su ejecutoriedad” (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Exp. 9453)

La eficacia de los actos administrativos, entonces, se genera a partir del momento en que se dan a conocer por los conductos legales establecidos al efecto y cesará en el momento en que sea retirado del ordenamiento, esto es, revocado o derogado, anulado o extinguido por el paso del tiempo.

Veremos entonces el consecuente atributo que se genera del carácter ejecutivo de los actos administrativos: la ejecutoriedad.

2.1.2. La Ejecutoriedad

La posibilidad de que la administración realice las acciones necesarias tendientes a imponer unilateralmente lo dispuesto en los actos, se corresponde con el atributo de la *ejecutoriedad*. No hay necesidad de que exista ningún consenso entre la administración y el particular a efectos de imponer las obligaciones derivadas del contenido del acto. “La fuerza ejecutoria del acto administrativo está circunscrita a la facultad que tiene la administración de producir los efectos jurídicos del mismo, aún en contra de la voluntad de los administrados” (Sánchez, 2004, p. 87).

Como lo afirma Benavides (2013):

El privilegio de la decisión previa le otorga fuerza vinculante a los actos administrativos, lo que permite su ejecución directa, sin que sea necesario acudir al juez, para que declare la existencia de la obligación o la situación jurídica definida por el acto. (p. 205)

La ejecutoriedad dependerá así de la firmeza del acto administrativo, es decir, de la conclusión final del procedimiento administrativo. En nuestro ordenamiento, este atributo se señala por ejemplo en el artículo 89 de la Ley 1437 de 2011, que dispone el carácter ejecutorio de los actos, procediendo su ejecución material sin mediación de otra autoridad.

Igualmente, este atributo se manifiesta en la posibilidad que tiene la administración de ejecutar el acto en caso de renuencia, cuando este imponga una obligación no dineraria, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 90 del mismo Código. La administración tiene a su mano la imposición de sanciones económicas –multas sucesivas- con el fin de obligar al renuente a ejecutar su obligación.

2.1.3. La Presunción de Legalidad

La presunción de legalidad por su parte, es el atributo del acto administrativo que se basa en el principio de legalidad; como se conoce este principio hace referencia a que toda actuación de la administración, sin excepción, está sometida a la ley, entendida esta como todo el ordenamiento jurídico que incluye por supuesto el respeto por las normas constitucionales que consagran derechos de los administrados.

Bajo este principio, la legalidad se extiende hasta el ámbito de la eficacia, de manera que un acto es y se presume legal desde su expedición y hasta tanto no sea desvirtuada tal cualidad por pronunciamiento judicial. De forma que tiene por ello la virtualidad de ser ejecutado por el poder público sin que pueda oponerse a ello una ilegalidad no declarada judicialmente.

El Consejo de Estado frente a este atributo del acto administrativo ha indicado

Como es bien sabido, la presunción de legalidad, legitimidad, validez, ejecutividad o de "justicia" de que están dotados los actos administrativos y que le da plena eficacia y obligatoriedad a esta manifestación de la actividad de la Administración, supone que todo acto administrativo está conforme al ordenamiento jurídico superior. Se trata, por supuesto, de una presunción legal o *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, vale decir, que admite prueba en contrario y por lo mismo es desvirtuable ante los jueces competentes. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2008 (Exp. 05001-23-31-000-1995-00424-01))

En otra oportunidad, la misma Corporación expresó:

Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada "presunción de legalidad" que también recibe los nombres de "presunción de validez", "presunción de justicia", y "presunción de legitimidad". Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad.

La presunción de legalidad es *iuris tantum*. Si en juicio ante la jurisdicción llega a demostrarse o a probarse que uno o varios de los elementos del acto en verdad no responden a la preceptiva legal sobre el mismo, se desvirtúa dicha presunción y el acto deviene en nulo, lo que sube de punto cuando se está frente a un acto clasificado como "reglado", es decir, de aquellos en que para su dictación el órgano emisor debe ceñirse de manera estricta a las disposiciones sobre la materia. Así ocurre, entre otros, con los actos resultantes de la actuación disciplinaria que la administración adelanta en contra de un servidor estatal. (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 13 de julio de 2006 (Exp. 6264))

Este atributo se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, que a su vez es un fin funcional del derecho mismo²². Como lo anota Díez (1965) “(...) la presunción de legitimidad se funda en las exigencias de celeridad y seguridad de la actividad administrativa, ya que un juicio previo sobre la legitimidad del acto, podría entorpecer los intereses públicos con grave daño para la colectividad” (p. 292).

La presunción de legalidad de los actos administrativos está prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 88 de la Ley 1437 que dispone:

²² Recasens señala que son tres los fines funcionales del derecho: resolución de conflictos de intereses, organización, legitimación y limitación del poder pública y seguridad jurídica (Recasens, 2003).

Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Igualmente, encontramos en el artículo 91 del mismo Código -indica los casos de pérdida de ejecutividad del acto- una mención sobre la presunción de legalidad: “los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

Como se verá más adelante, esta legalidad es precisamente la que se constata en el control ejercido por el juez de lo contencioso administrativo. Este juez será, entonces, el juez de la legalidad del acto administrativo, de su conformidad no solo con los preceptos del legislador, sino con todo el ordenamiento jurídico.

2.1.4. La Vocación de Permanencia

Este atributo del acto administrativo hace referencia a que las decisiones de la administración y sus efectos, tendrán una permanencia en el tiempo respetada y respaldada por el ordenamiento jurídico, con el fin de dar estabilidad a las relaciones con los asociados.

Guechá (2011, p. 233) considera que la estabilidad del acto unilateral y del contrato se determinará no solo por la permanencia de los mismos en la vida jurídica, sino por los efectos que producen en el ordenamiento, de manera que no importa si estamos frente a un acto o contrato de duración transitoria o en uno de duración permanente, sino más bien que en ambos casos los mismos se ajusten y respeten el principio de legalidad.

La actuación de la administración genera necesariamente confianza en los administrados, la cual debe protegerse con la expedición de actos no contradictorios y no improvisados y, sobre todo, con la garantía de que no serán revocados sucesivamente cambiando las pautas de conducta que deben observar los ciudadanos para adquirir y mantener sus derechos. Esta idea materializa realmente una función administrativa planeada y organizada en procura de cumplir con las finalidades estatales impuestas por la Constitución y la ley.

Por ello, sobre este atributo, descansa la protección jurisdiccional al principio de confianza legítima de los administrados, que así entendido se fundamenta en el principio de seguridad jurídica de los particulares. Bermúdez Soto (2005) indica sobre el punto que

La seguridad jurídica garantiza la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Con lo que la seguridad jurídica significa por eso para el ciudadano en primera línea protección de la confianza.

La protección de la confianza, en un sentido jurídico, significa, por tanto, una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste. De esta forma su ámbito de actuación se extiende tanto al campo de la Administración como de la legislación, como, por último, de la jurisprudencia. (p. 6)

Este atributo tiene su fundamento además en la doctrina de los actos propios, que señala la necesidad de una vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio (Castillo, 2008, p. 261). En el ámbito del derecho público, este principio tiene que ver con una exigencia de coherencia en el comportamiento y la actuación de la administración que se relaciona directamente con los principios de buena fe y confianza legítima.

Más adelante veremos cómo la salvaguarda del principio de confianza legítima, marcará de manera determinante la fijación del alcance de los efectos de las sentencias de nulidad por parte del juez contencioso administrativo.

2.1.5. Los actos administrativos y actos jurídicos privados

Del estudio de estos atributos se desprenden algunas conclusiones importantes a efectos del presente trabajo. Lo primero, es que en contraste con el acto jurídico privado, el acto

administrativo reviste unas especialidades y complejidades que los distancian significativamente. Así, por ejemplo, en el campo del derecho privado no existe de manera general una presunción de legalidad para los actos, de suerte que los particulares pueden negarse a su cumplimiento y solamente será la intervención judicial el mecanismo para ejecutar el contenido del acto.

Igualmente, en un acto jurídico privado no es posible que se impongan de manera unilateral obligaciones a terceros que no han prestado el consentimiento, sin que esto represente una trasgresión al principio esencial de la autonomía de la voluntad. Como quedó visto, gracias a los atributos del acto administrativo, la administración puede de manera unilateral, con un procedimiento ajustado a los mandatos constitucionales, crear derechos y obligaciones a cargo de terceros.

La carencia de los atributos mencionados, en los actos jurídicos de derecho privado, permite sin mayor complejidad adoptar la regla general de que los actos viciados de nulidad (absoluta o relativa) no pueden producir ningún efecto; por ello, el artículo 1746 de nuestro Código Civil, apunta a la necesidad de destruir los efectos o las relaciones jurídicas engendradas por el acto anulado y restituir a las partes al *statu quo ante*, en el caso de que aquél se hubiese ejecutado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 4816).

Esta regla parte de la relación igualitaria entre los intervinientes en la celebración del acto o contrato, al punto que darle efectos retroactivos –*ex tunc*– a la nulidad, es la forma más idónea de garantizarle a la parte afectada, la protección de sus derechos patrimoniales, pues ha sido ella la que ha cumplido unas prestaciones impuestas por un acto o contrato declarado nulo; esta definitivamente es una carga que de ninguna manera está obligada a soportar, pues correlativamente lo que habrá será un enriquecimiento sin causa de la parte contraria.

Todo lo anotado precedentemente, se justifica además en la diferencia de las causas de uno y otro acto. En el acto de derecho privado la causa es siempre un incremento patrimonial, en tanto que en el derecho administrativo la causa es siempre el interés general, así se esté frente a situaciones que involucren prestaciones económicas (Diez, 1965, p. 212).

La anterior precisión como se verá adelante, anticipa una de las conclusiones del presente trabajo sobre la imposibilidad de aplicar sin más, los efectos en el tiempo de las nulidades civiles a las nulidades administrativas. La diferencia sustancial entre un acto y otro, hace que la referencia al Código Civil sea una justificación desadaptada a las exigencias de un derecho administrativo responsable y comprometido con el interés general.

2.2. Los elementos del acto administrativo y su relación directa con las causales de nulidad

Conviene referirnos ahora a los elementos del acto administrativo, anticipando que ante las variadas elaboraciones doctrinarias sobre ellos, se mencionarán los elementos que se han denominado esenciales, en virtud a que son aquellos que están conectados directamente con el régimen de las nulidades consagrado en nuestro ordenamiento jurídico.

Se han distinguido los elementos esenciales de los elementos accidentales del acto administrativo, así para Marienhoff (1978, p. 299), los elementos esenciales son el sujeto, el objeto, el fin, la causa y la forma y, los elementos accidentales condicionan o complementan el objeto del acto.

Son estos elementos esenciales los que serán definidos, como se dijo, por el enlace que cada uno de ellos tiene con las causales de nulidad de los actos administrativos estructuradas en nuestro ordenamiento. Conviene entonces, antes de referirnos a cada uno de ellos, describir de manera general la forma del control judicial sobre los actos administrativos en nuestro sistema jurídico, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1437 de 2011.

En efecto el artículo 137 de este Código, se refiere a los vicios en los elementos del acto administrativo que generan su nulidad, indicando que serán nulos los actos que hayan sido

expedidos 1) Con infracción de las normas en que deberían fundarse; 2) Sin competencia, 3) En forma irregular; 4) Con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa; 5) Mediante falsa motivación y 6) Con desviación de poder.

Los vicios 2 a 6 enunciados en el artículo se pueden reducir a la violación de una norma superior en la que deberían fundarse (número 1), sin embargo, el legislador acogiendo en lo fundamental las reglas del anterior código (Decreto 01 de 1984), expresamente señaló aquellas anomalías que deben afectar a los elementos del acto para declarar su nulidad (numerales 2 a 6).

Por último, debemos precisar que nuestro régimen ha establecido una única sanción para las irregularidades o vicios en los elementos del acto: la nulidad, sin ninguna distinción. A diferencia de ordenamientos jurídicos como el argentino o el español²³, en Colombia no es posible, en derecho administrativo, las nulidades en absolutas y relativas²⁴. Estamos en presencia entonces, siempre de una nulidad absoluta del acto administrativo al momento de que se compruebe una de las causales consagradas en la ley.

En tales términos el Consejo de Estado ha hecho referencia al régimen de nulidad en nuestro ordenamiento, para lo cual ha afirmado

²³ En estos países, la consecuencia de los vicios en los actos administrativos puede ser su anulabilidad o su nulidad absoluta. Se entiende que existen diferentes categorías o clasificaciones de las irregularidades de los actos y de ello dependerá entonces la sanción impuesta.

²⁴ En materia de contratos estatales, actos administrativos bilaterales, si se acepta esta división, al igual que en el régimen de nulidades del acto jurídico de derecho privado, regulado en el Código Civil

En derecho administrativo, la nota diferenciadora entre nulidad y anulabilidad se hace estribar en ocasiones en la gravedad de la irregularidad (Garrido Falla), sin embargo autores como Forsthoff parten de la imposibilidad de determinar a priori los criterios para deslindar la nulidad o ineficacia de la mera anulabilidad, pues conceptualmente, en su sentir no es factible determinar qué tipo de irregularidades dan lugar a una u otra figuras. Con todo, en el caso español se intenta en 1958 en la LPA (Ley de Procedimiento Administrativo) distinguir radicalmente estas dos formas de ineficacia y se ofrece un catálogo cerrado de causales de nulidad que acusa serias dificultades en su aplicación. En contraste, en derecho colombiano no se diferencian los eventos de nulidad de los de simple anulabilidad, en tanto el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo prevé la presunción de legalidad del acto administrativo, sin distingo alguno, que supone su obligatoriedad mientras no haya sido anulado o suspendido por la jurisdicción en lo contencioso administrativo mediante el ejercicio del contencioso objetivo de anulación y del contencioso subjetivo de restablecimiento (arts. 84 y 85 eiusdem). De modo que nuestro legislador, a diferencia de otros países, no maneja por vía general una escala de gradación de los distintos tipos de nulidad de los actos administrativos, como que en principio la ley no establece supuestos tasados como constitutivos de nulidad absoluta o de pleno derecho. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2008 (Exp. 05001-23-31-000-1995-00424-01))

Precisado lo anterior, nos referiremos a cada uno de los elementos anunciados.

2.2.1. Elemento subjetivo

El *elemento subjetivo* hace referencia a la existencia de un sujeto legalmente hábil para emitirlo, es decir, se vincula a la competencia de la autoridad administrativa para emitir el acto. La competencia se atribuye por la Constitución, por el legislador o por el reglamento²⁵, de suerte que esa habilitación para actuar está circunscrita a los postulados que señalen las normas vinculantes mencionadas, por lo que su ejercicio se constituye en una obligación para el órgano o sujeto estatal y es irrenunciable (Cassagne, 2009, p. 188).

La competencia se puede clasificar en razón de la materia cuando se atribuye para la realización de unas funciones especializadas de acuerdo con las tareas encomendadas a la autoridad correspondiente; en razón del lugar, que se otorga para ser ejercida en el territorio en donde tenga radio de acción la autoridad; en razón del grado, que se refiere a una competencia vinculada a la posición que el órgano o autoridad tienen en la estructura jerárquica de la administración; y en razón del tiempo, que se halla sujeta a un tiempo o condición determinada (Cassagne, 2009, p. 187-88).

Así pues, la doctrina advierte que una norma establece qué autoridad es competente para emitir un acto, a partir de lo cual la competencia administrativa se mide por la cantidad de poder o

²⁵ Los artículos 6, 121 y 123-2 de la Constitución, enmarcan la competencia en el ejercicio de la función administrativa, enfatizando ese estricto apego que debe el funcionario tener a la Constitución a la ley y al reglamento.

funciones depositadas en un órgano o en un particular que los habilita para elaborar y expedir un acto administrativo.

El vicio de incompetencia, es decir, la actuación de la administración sin el cumplimiento de las reglas estrictas de competencia, genera nulidad del acto administrativo. En Colombia, no existen gradaciones respecto de la incompetencia, este defecto es uno solo y produce también un solo efecto que es la nulidad del acto (Santofimio, 2003, p. 372).

La incompetencia se configura entonces cuando se encuentra que la autoridad que expidió el acto no era la competente en cualquier manera, teniendo en cuenta los criterios clasificatorios señalados: en virtud de la materia, el territorio o lugar, el grado o el tiempo.

Interesa sobre este elemento describir lo que se ha denominado por la jurisprudencia como *funcionarios de hecho*. El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 15 de marzo de 2007, definió la situación de este funcionario así: “Según la doctrina se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario”. El funcionario de hecho no obstante estas condiciones, es aceptado legítimamente por la comunidad ante la que actúa, pues se tiene la impresión y el convencimiento general de que la autoridad que despliega el poder, está autorizada legalmente para hacerlo.

En los casos de funcionarios de hecho no se genera respecto de los actos que produzca ningún vicio relacionado con estas deficiencias con que ejerce el cargo, en virtud a lo que Santofimio (2003) ha referido como *investidura plausible*:

No obstante, la doctrina tradicionalmente ha considerado que no siempre la actividad desarrollada por este tipo de funcionarios podrá considerarse violatoria de la legalidad. En efecto, se ha considerado (...) que los actos proferidos por los funcionarios de hecho en cuanto a sus efectos frente a terceros no se tendrán como irregulares, en cuanto la “investidura plausible” del sujeto que detenta el cargo público hace que amerite la credibilidad de los asociados sobre su validez. (p. 377)

Así también lo entiende Gordillo (2011) al preguntarse:

¿Qué vicio tendrán los actos dictados en el ejercicio de una competencia ilegítimamente conferida? Entendemos que son aquí de aplicación los análogos fundamentos en materia de funcionarios de hecho, y, por lo tanto, si la competencia descentralizada o delegada tiene una apariencia de legitimidad, un “color de título,” los actos dictados en virtud de esa competencia son en principio *válidos*. (p. 311)

El punto es que bajo una actuación abiertamente ilegal, se ha creado la teoría del *funcionario de hecho o la investidura plausible*, que trae consigo una seria contrariedad para el derecho

administrativo, cual es la de avalar una actuación ilegal asumiendo que la irregularidad en la competencia puede ser plausible.

Como lo advierte Marienhoff (1964. T III-B):

Si bien la nota esencial que caracteriza al funcionario de hecho es la irregularidad de la investidura, ello no autoriza a que sea considerado funcionario de facto todo aquél cuya investidura tenga alguna falla por violación de la ley (formal o material), pues esto implica confundir funcionario de facto con funcionario cuyo nombramiento es nulo. Este último funcionario no es de facto sino de jure hasta que el nombramiento sea legalmente extinguido, y recién se convertirá en funcionario de facto si continúa ejerciendo las funciones después de la extinción de su nombramiento. (p. 140 y 141)

Creemos que la validez de las consecuencias de este tipo de actuación con precaria legalidad, se debe fundamentar más bien en la confianza de los particulares y no en lo plausible de la apariencia del incompetente. Es cierto que una cosa deriva de la otra, es decir, la confianza del administrado se deriva en la legitimidad, aunque falsa, del funcionario; sin embargo, el análisis no pueden concluir con que se le dé validez a los actos por esa falsa legalidad, sino más bien por la protección a la confianza legítima y la buena fe del administrado.

De nuevo el punto toma relevancia al momento de fijar el alcance de las sentencias de nulidad, pues por ejemplo, si se declara la nulidad de un acto administrativo por falta de competencia y se le otorgan efectos solo hacia futuro *-ex nunc-*, se salvaguardará lo pasado sin mayores problemas. Esta solución, frecuentemente no se adopta porque los jueces parten de que los efectos retroactivos o *ex tunc* son una consecuencia necesaria de la declaratoria de nulidad de todos los actos administrativos de contenido particular y concreto.

2.2.2. Elemento objetivo

El elemento *Objeto*, es el contenido mismo del acto administrativo, lo que se decide en él. Tafur (citado por Santofimio, 2003, p. 152) manifiesta que el objeto debe corresponder en su materialidad a la función administrativa, no solo a la ejercida por el poder ejecutivo, sino por todos los que constitucional o legalmente pueden ejercer este tipo de actividad.

El objeto, como una categoría de acto jurídico, debe ser lícito, posible y existente. El objeto del acto administrativo es lo que diferencia un acto de otro, pues implica la exteriorización de su contenido, el cual puede ser positivo o negativo, según se esté frente a una aceptación o un rechazo de una solicitud.

Las irregularidades que ocasionan vicios de nulidad en este elemento, serán entonces la imposibilidad tanto física como jurídica, la ilicitud y la indeterminación o inexistencia,

enmarcadas todas en la causal genérica del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, infracción de las normas superiores en las que debía fundarse.

Por otra parte, el objeto de los actos administrativos puede verse desde la perspectiva de la obligación contenida en él, así de la definición clásica de obligación y sus elementos debemos tener presente que, en general, la prestación o el objeto de la obligación, según el artículo 1495 del Código Civil, puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

De acuerdo con Ospina Fernández (2008, p. 21), las obligaciones de dar son las que tienen por objeto la transferencia de la propiedad plena o desmembrada, o de la propiedad fiduciaria, y las que tienen por objeto la misma desmembración de la propiedad o la constitución de fideicomiso en la totalidad o en una cuota de cosa singular o de género; las obligaciones de hacer imponen la ejecución de un hecho positivo, como la prestación de un servicio o la entrega misma de una cosa, cuando esta entrega no implica mutación de la propiedad, como ocurre en las hipótesis de arrendamiento, comodato, prenda, etc.; y, finalmente, las obligaciones de no hacer versan sobre una abstención, v.gr., no abrir establecimiento comercial en cierto sector o no levantar muro por encima de cierta altura.

Creemos que el juez debe necesariamente evaluar el objeto de la obligación contenida en el acto al momento de fijar los efectos de la sentencia de nulidad; por ejemplo, si el acto administrativo

nulo contenía además de otorgar un derecho, una obligación de hacer, por ejemplo una licencia de construcción que establecía los parámetros bajo los cuales se debe levantar una edificación y en efecto la obligación ya está cumplida conforme el acto, tendrá necesariamente que evaluarse la magnitud de la acción, la buena o mala fe y los derechos establecidos o por establecerse de terceros ajenos a la controversia; en igual sentido, cabrá realizar razonables consideraciones acerca de lo que ha implicado una obligación de dar o de no hacer.

2.2.3. Elemento Causal

El *elemento causa* se refiere a las razones o motivos de hecho o de derecho por los cuales se expide el acto, la finalidad que persigue la administración en la expedición del acto. La causa responde a la pregunta del ¿por qué? del acto administrativo, es decir, la razón justificadora del acto, la circunstancia que justifica en cada caso que un acto administrativo se dicte, de forma tal que los presupuestos de hecho del acto se incorporan al elemento mismo (Entrena, 1972, p. 486).

La causal específica traída en el mismo artículo 137 de la ley referida es la falsa motivación, la cual juzga si las razones de hecho o de derecho que fundamentan el acto -su causa- está normativamente adecuada y atiende el principio de legalidad, si es cierta y existente, si se ha surtido una correcta calificación legal sobre estos antecedentes y, si existe proporcionalidad entre las circunstancias y la consecuencia impuesta en el acto.²⁶

²⁶ Una explicación satisfactoria de este elemento se puede consultar en: Largacha & Posse, (1988, p.142-173).

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, al constatar la causal de falsa motivación en un defecto del elemento causal del acto administrativo:

De acuerdo con el artículo 84 del C.C.A., la nulidad de los actos administrativos procede cuando se infrinjan las normas en que debían fundarse, cuando han sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. Sobre esta causal de anulación la Sala ha precisado que “ (...)es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 16 de septiembre de 2010 (Exp. 25000-23-27-000-2005-00279-01 (16772))

La debida motivación le impone entonces una obligación de actuar transparente a la administración que si evidentemente no se concreta, debe ser sancionada no solamente con la nulidad del acto expedido, sino con la imposición de consecuencias por obra de los efectos que

se le den a la sentencia. Determinar cuáles serán estos efectos, hasta cuándo retrotraer la nulidad en el tiempo y cuantificar los perjuicios causados, será entonces la tarea de un juez de nulidad que con apreciación de un conjunto de sucesos determine cómo se debe encuadrar las consecuencias de su fallo con los mandatos superiores de protección de derechos y preservación de la legalidad.

2.2.4. Elemento Finalista

El *fin* concretiza el ¿para qué? del acto administrativo. El fin debe corresponder con el interés general. El interés público es el fin común e ineludible que la administración con sus actos debe salvaguardar, no siendo necesario que exista una norma que expresamente lo señale, pues se entiende que éste es inherente a la función que desarrolla la administración.

El fin debe ser verdadero y corresponder al objeto del acto, so pena de estar inmerso en causal de desviación de poder que viciaría el acto. Con esta causal, como lo sostiene Largacha & Posse (1988), “se logra penetrar en el fondo mismo de la intención de la administración, oculto bajo una apariencia de legalidad, y de esta manera poner en evidencia el fin ilícito que se buscó.” (p. 177).

El defecto en este elemento finalista del acto, que configura la causal de desviación de poder, puede verse reflejado por ejemplo, cuando el acto busca el favorecimiento o lucro personal del

funcionario o de un tercero, o incluso cuando la actuación busca el favorecimiento de la misma administración de forma tal que no se logre con ello la realización del interés general.

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha trazado el camino para identificar las diferentes actuaciones que generan efectivamente la desviación de poder de la administración:

La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que (1) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-, (2) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 29 de junio de 2011 (Exp. 19001-23-31-000-2006-00378-01 (1023-10))

Al igual que con el elemento y causal de nulidad anterior, de la administración se demanda un obrar recto, transparente y público, sujeto a las limitaciones propias de la legalidad entendida en

sentido amplio; por ello es necesario igualmente un análisis de la conducta desplegada por la administración para atribuir los alcances de la nulidad en estos casos.

2.2.5. Elemento Formal

La *Forma* es el elemento que se refiere al procedimiento señalado en la ley para la formación y expedición del acto. Constituye la manera como se expresa o como se hace conocer el contenido, por tanto, una función de garantía tanto para el administrado como para el interés público.

El vicio que corresponde a este acto es la expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. Controlar la forma en la que se expide el acto, garantiza la ausencia de arbitrariedad, la certeza de los procedimientos de la administración y la realización de los derechos de los ciudadanos, razón por la cual, el vicio debe tener la entidad tal que amenace estos presupuestos:

(...) solo los defectos trascendentales de naturaleza formal o procedimental viciarían la validez de los actos administrativos. Es decir, sólo se podrán determinar como anulables cuando falte o se desconozcan requisitos formales indispensables para lograr la finalidad propuesta o que frente a los asociados los induce por los senderos de la indefensión (Santofimio, 2003, p. 391).

La delimitación jurisprudencial sobre este vicio aparece reflejada en el siguiente aparte de una sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado:

La expedición irregular como vicio anulante de los actos administrativos se estructura cuando en el proceso de formación de la decisión administrativa, se desconocen las formalidades establecidas por la ley, sea una especial o la general contenida en la primera parte del Libro I del Código Contencioso Administrativo, o cuando el respectivo acto se presenta sin considerar la manera dispuesta por el legislador. Este vicio afecta el elemento de la validez denominado adecuación de las formas. Cuando se alega que un acto administrativo se expidió en forma irregular debe plantearse una confrontación entre el procedimiento o la forma que la ley impone y el que se cumplió para su formación o la presentación de la decisión; en cuanto se aduzcan defectos en el trámite habrá de alegarse, además, que fueron de tal entidad, que afectaron el sentido de la decisión. (Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de enero de 2011 (Exp. 11001-03-28-000-2010-00015-00))

3. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Se abordará en este capítulo lo que implica el control jurisdiccional de los actos administrativos. Para ello, en primera instancia planteamos las diferencias con el control de constitucionalidad que ejerce el Consejo de Estado con el fin de delimitar el objeto de cada uno, pues en ambos casos estamos frente a *actos administrativos generales*. Entender la especial regulación que nuestras normas realizan a la labor específica de juez de constitucionalidad, ayuda a reconocer sin duda que las especificidades de este tipo de mandatos tienen asidero en la naturaleza misma del objeto de control y en el ejercicio de una función diferente a la administrativa en la expedición de dichos actos.

Situados ya dentro del control de legalidad, resulta forzoso entender también que hoy ya no es posible que este se agote con una comparación lógico formal del acto con la ley, pues la exigencia al juez de un papel activo y garante principalmente de la protección de derechos fundamentales, le obliga a abrir su estudio hasta alcanzar las fronteras de la legitimidad.²⁷

Abordado así el control de legalidad, es necesario finalmente fijar sus consecuencias, estableciendo las repercusiones de la declaratoria de nulidad frente al acto mismo y en general las posibilidades que tiene el juez de proporcionar el alcance temporal a su sentencia.

²⁷ Sobre el concepto y alcance del control de legitimidad de los actos administrativos, se hace referencia en el numeral 3.2 de este trabajo.

3.1. ¿Control de legalidad versus Control de constitucionalidad?

La Ley 1437 de 2011, regula las actuaciones administrativas y el control que se ejerce sobre ellas por el juez y bajo el esquema de medios de control, diseña la forma y los procedimientos que deben seguirse para invalidar los actos administrativos. Así, desde el artículo 135 hasta el 153 se regula los diferentes medios de control²⁸ mediante los cuales se pueden ejercer diversas pretensiones.

Aunque con el nuevo espíritu de una acción y diferentes pretensiones, los medios de control de la Ley 1437 de 2011, se identifican con las posibilidades de la antigua legislación (Decreto 01 de 1984). Al efecto, se preceptúa entonces los siguientes medios de control: Nulidad por inconstitucionalidad, control inmediato de legalidad, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del Derecho, nulidad electoral, reparación directa, controversias contractuales, repetición, protección de los derechos e intereses colectivos, reparación de los perjuicios causados a un grupo, nulidades de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización y el control por vía de excepción.

El marco de esta investigación está dado específicamente por las sentencias proferidas en los juicios de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho y más en concreto, con los

²⁸ Recordemos que la Ley 1437, modifica la nominación de lo que antes se conocía como acciones contencioso administrativa, y propone un único mecanismo de acción de lo contencioso administrativo, mediante el cual se pueden reclamar una o varias pretensiones de acuerdo con la autorización al legal al efecto. Este sistema se denominó medios de control.

efectos en el tiempo que estas decisiones, cuyo objeto se encuadra en los actos administrativos generales o particulares y concretos que desarrollan la actividad administrativa, como quedó planteado en los primeros capítulos del trabajo.

Por lo anterior, se precisa diferenciar esta labor judicial con el control constitucional asignado por la misma Constitución de manera residual también al Juez Administrativo, específicamente al Consejo de Estado, a través del artículo 237 numeral 2 e igualmente señalado en el artículo 49 de la Ley 270 de 1996, en lo que se denomina control de nulidad por inconstitucionalidad. Y es importante esta separación en virtud a que el objeto de ambos controles suele confundirse al no haber claridad ni en la ley ni en las interpretaciones vinculantes de la jurisprudencia sobre el punto. Un aparte de la sentencia proferida por el Consejo de Estado lo resume:

Pero, de las normas citadas no se advierte con claridad cuáles serían los decretos dictados por el Gobierno Nacional que se pueden demandar en acción de nulidad por inconstitucionalidad o en acción de nulidad simple, máxime, cuando conforme se comentó, del artículo 84 del C.C.A. no es dable inferir que se excluya la posibilidad de demandar cualquier acto por la violación de cualquier norma, sea constitucional o legal, pues lo importante es que se trate de norma a la cual deba supeditarse el acto demandado.

En consecuencia, dada la falta de claridad sobre los decretos cuyo control es de competencia de la Sala Plena, en virtud de la acción de nulidad por

inconstitucionalidad, y de los decretos cuyo control es de competencia de las respectivas secciones, en virtud de la acción de nulidad simple, la Sala precisa que no es pertinente arribar, con fundamento en la sentencia y normas citadas, a la conclusión a la que llegó la apoderada de la Nación para sustentar la excepción de inepta demanda por escogencia inadecuada de la acción. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 10 de febrero de 2011 (Exp. 11001-03-27-000-2007-00040-01))

Con todo, intentaremos precisar el alcance del control de nulidad por inconstitucionalidad, dándole sentido al mismo a la luz de lo que la jurisprudencia ha dispuesto al respecto. Lo primero que debemos puntualizar es que este control se equipara al control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional, pues en efecto, la competencia está asignada en condiciones similares²⁹.

Así la regulación del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, determina que la nulidad por inconstitucionalidad es un control público que puede ser promovido por cualquier ciudadano, en cualquier tiempo, por sí mismo, o por medio de representante, con el fin de que se declare la

²⁹ Sarria (2014, P. 334) refiere que con la Constitución de 1991 comenzó un proceso de definición de las características propias de la nueva acción, con la tendencia de igualarla a la acción de inexecución que se ejerce ante la Corte Constitucional, y para diferenciarla de otras acciones reguladas en el Código Contencioso Administrativo. Así, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido mediante la Ley 1437 de 2011, al regular los medios de control, antes las acciones, se estableció, como norma nueva, la nulidad por inconstitucionalidad, como un medio de control, el cual junto con los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho son los instrumentos que tienen los particulares para cuestionar por motivos de inconstitucionalidad los decretos del gobierno cuyo conocimiento no corresponde a la Corte Constitucional y los demás actos proferidos por las autoridades administrativas, a través de un procedimiento especial, previsto en el artículo 184 de dicho código.

nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional, por infracción directa de la Constitución.

Igualmente, el párrafo del artículo señalado dispone que en este examen, el juez no está limitado por los cargos de la demanda, lo que significa que puede fundar la nulidad de la norma estudiada en la violación de cualquier norma constitucional, así esta no haya sido invocada y además, le otorga también la posibilidad de conformación de unidad normativa para declarar nulos por inconstitucionales, otros decretos no demandados que a juicio del juez también sean inconstitucionales.

Ocurre lo mismo además, en cuanto a los efectos de las sentencias que se profieren en uno y otro juicio. El artículo 45 de la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia, dispone que las sentencias de constitucionalidad expedidas por la Corte Constitucional, tendrán efectos *ex nunc*, hacia el futuro; por su parte el artículo 189 inciso 3, dispone en igual sentido los efectos para este tipo de sentencias. La Corte Constitucional, al analizar este artículo, declaró la exequibilidad de los efectos *ex nunc* otorgados a la sentencia, precisamente realizando una especie de parangón con el control de constitucionalidad de las leyes:

7.2. De otra parte, se declarará la exequibilidad de los efectos concedidos a las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad, consagrados en el inciso 3° del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, en la medida en que, conforme al modelo de

control abstracto fijado por el constituyente, el Consejo de Estado, en la esfera estricta de su competencia residual (art. 237-2 Const.), concurre con la Corte Constitucional a velar por la supremacía e integridad de la carta política, para garantizar así su inviolabilidad, en cuanto a los principios, los valores, las reglas, los deberes y los derechos allí instituidos, como cuerpo político y jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, además de contribuir a la consolidación y eficacia del precedente judicial, en ejercicio de esa competencia y función pública esencial. (Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013)

Podemos adelantar que esta regla sobre los efectos de las sentencias, fundamenta la actuación y los alcances del fallo que realice el Consejo de Estado, cuando actúa no como juez de lo contencioso administrativo, sino como juez constitucional, de suerte que no está prevista de acuerdo con esta lógica, para un tipo de control diferente.

Ahora bien, precisamos ahora dar cuenta de los parámetros fijados por la jurisprudencia para determinar frente a qué tipo de actos procede el control como juez constitucional y cuándo como juez de lo contencioso administrativo, es decir, el objeto de los respectivos medios de control. A pesar de las dificultades planteadas al comienzo del capítulo y reconocidas por la misma jurisprudencia, podemos encontrar en pronunciamientos recientes algunas claves para determinar los actos generales sujetos a control de nulidad por inconstitucionalidad. En Auto de 14 de febrero de 2013, se establecieron los requisitos exigidos para determinar dichos actos:

En estos términos, el medio de control de *nulidad por inconstitucionalidad* exige varios requisitos, entre ellos -para efectos de esa providencia- se destacan tres: i) que la norma demanda sea un reglamento autónomo o constitucional, requisito principal del medio de control; ii) que la confrontación o juicio de validez se haga directamente contra la Constitución Política; y iii) no importa la autoridad que expida el acto, porque puede ser el Gobierno Nacional u otra autoridad, siempre que expidan un reglamento autónomo -por autorización de la Constitución-. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 14 de febrero de 2013 (Exp. 110001-03-26-000-2013-00008-00))

En efecto, como quedó visto anteriormente, la regulación sobre materias específicas que encarga la constitución a algunas entidades administrativas, se realiza sin la intervención del legislador, pues si ello fuera así, lo que realmente sucedería es que se reglamenta la ley en virtud de la potestad reglamentaria y los decretos (actos administrativos generales) ya no serían objeto de control de nulidad por inconstitucionalidad, sino de nulidad por ilegalidad:

En efecto, aunque las normas invocadas como violadas solo aluden a preceptos de naturaleza constitucional, se advierte que entre éstas y el acto acusado se encuentra una norma con fuerza material de ley objeto de reglamentación, por lo que implícitamente los cargos son sustentados por violación de ésta, lo que comporta que la infracción de las disposiciones constitucionales estaría mediatizada por la violación de la norma con fuerza de ley invocada. (Consejo de Estado, Sección

Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de marzo de 2011 (Exp. 11001-03-26-000-1997-13857-00))

Esta última cita, indica además un punto importante que resulta obvio, pero que aún así se debe recordar: a pesar de que en el control de legalidad exista una intermediación legal, es decir, una norma legal que se infrinja, ello no obsta para que el juez de la legalidad controle la coherencia entre el acto administrativo y la Constitución.

(...) como norma general, los actos administrativos pueden llegar a desconocer la Constitución de manera indirecta a través de la violación de normas legales y reglamentarias que regulan la actividad administrativa, y así lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado.

Sin embargo, también es posible que en ciertos casos, cuando la competencia administrativa surge, directamente de la Constitución, o cuando no sea necesario acudir a normas legales para establecer su fundamento jurídico y el alcance de la competencia administrativa de que se trate, también es posible cuestionarlos por razones de inconstitucionalidad y así lo ha aceptado también el Consejo de Estado. (Sarría, 2014, p. 337)

Con todo lo anterior, podemos concluir que a pesar de que el objeto de ambos tipos de control es un acto administrativo de carácter general, el ejercicio jurisdiccional en cada uno es diferente y esta diferencia se estructura a partir de las funciones distintas de la administración, en un caso derivadas de facultades regulatorias constitucionales y en otro, reglamentarias en ejercicio de la función administrativa.

Esta diferencia permite entender la dificultad ya planteada frente a la nominación de Actos Administrativos Generales a normas disímiles y con grado diverso de generalidad y abstracción.

Dejando esto planteado, seguidamente realizaremos una descripción de lo que implica el control de legalidad entendido como control de legitimidad de los actos administrativos, y cómo le corresponde al juez una tarea determinante al momento de efectivizar este tipo de control.

3.2. El control de legalidad como control de legitimidad

Tradicionalmente el concepto de legalidad o ilegalidad devienen de una comparación que el juez realiza entre el acto administrativo y la ley, verificando su concordancia y coherencia con sus postulados. Sin embargo, hoy el concepto de legalidad es mucho más amplio que la referencia a la letra de la ley. La legalidad implica la conformidad de los actos con todo el ordenamiento jurídico, teniendo como referente principal a la Constitución. La Corte Constitucional que de acuerdo con el artículo 241 de nuestra Carta Política es la encargada de salvaguardar la integridad

y la supremacía de la Constitución, lo ha manifestado reiterada y uniformemente, al considerar que:

La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución. (Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001)

En un sistema como el nuestro, en donde la constitución es normativa, es decir, regula directamente asuntos que antes solo competían al legislador, se desprende de ella como verdadera norma jurídica, una fuerza vinculante para el resto del ordenamiento jurídico; es un obligado parámetro que en su texto consagra de manera expresa ese carácter de verdadera fuente del derecho.

Así, el artículo 4 de la Constitución indica que ella es la norma de las normas y que la incompatibilidad con cualquier otro texto, siempre será dirimida a favor de ella. La idea de la Constitución como norma de normas, aunque no es nueva en el derecho³⁰, hoy constituye una perspectiva distinta, cuando su contenido enuncia y muchas veces desarrolla, por ejemplo un catálogo amplio de derechos fundamentales y cuando se establecen directrices concretas para

³⁰ El artículo 5 de la Ley 57 de 1887, que reformó el Código Civil, dispone: Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.

todas las autoridades y órganos estatales de que su función más importante es precisamente la salvaguarda de los mismos.

En este sentido, por ejemplo el artículo 2 de la Constitución señala en general como una de las finales esenciales del Estado, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y consecuentemente insta a todas las autoridades de la República, a proteger los derechos a todas las personas residentes en Colombia.

Y es que los postulados de un Estado Social de Derecho, tienen como básica norma la efectividad de los derechos; no en vano se explica la disposición contenida en el artículo 85 Constitucional en donde señala que son de aplicación inmediata, esto es, sin intervención del legislador, ni de ninguna otra autoridad normativa, un amplio número de derechos fundamentales.

En términos de Quinche (2014) en el plano de la defensa de la Constitución,

(...) lo que se da es la asunción del carácter normativo de la Constitución, es decir, el hecho de operar con la Constitución como una norma jurídica de aplicación directa, con mayor fuerza que la simple ley. De esta manera, al simple principio de legalidad y al control de legalidad, le son superpuestos el principio de supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad, de modo tal que las leyes y los

enunciados legislativos serán aplicados solo en cuanto no contradigan la Constitución”. (p. 59)

Bajo este parámetro, el control de legalidad en términos de Cassagne (2009, p. 247) debe abarcar así tanto la legalidad como la razonabilidad y justicia, o sea, el derecho y no sólo la ley, de forma tal que se amplía la legalidad al concepto de legitimidad. El control de legalidad de los actos administrativos entonces, corresponderá a un examen sobre la validez o invalidez del acto administrativo, calificando conductas, valorando hechos y medios de prueba para realizar ese ejercicio de verificación y correspondencia con valores y principios y no solamente con los enunciados formales de la ley.

Frente al tema, creemos de singular importancia lo establecido por la Ley 1437 de 2011 cuando le fija al juez el objeto específico de su labor. El primer inciso del artículo 103 establece como objetivo de todos los procesos que se adelanten en la jurisdicción contencioso administrativa: “la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”, en palabras de Cárdenas (2011) “El juez contencioso no es solo un garante de la legalidad, sino también un garante de los derechos de los administrados” (p. 273), tal vez reconociendo el autor la tendencia formalista en el entendimiento de la legalidad en nuestro medio.

Estos dos objetivos de la jurisdicción, señalados expresamente por el legislador, son complementarios y no deben excluirse uno del otro; por ello consideramos que en caso de tensión entre ellos, si se efectivizan los derechos fundamentales de las personas, sin duda se está cumpliendo con el mandato de preservación del orden jurídico; por su parte, la ecuación contraria no siempre resulta ser verdadera: la preservación del orden jurídico conlleva algunas veces una tensión con la justicia material, representada en la negación de algún derecho.

Como veremos más adelante, otorgarle uno u otro efecto a las sentencias que profieren los jueces no es una labor ajena a la protección de derechos. Es más, la esencia de los efectos *ex tunc* y *ex nunc*, es precisamente la garantía de que se protegerán los derechos de quienes están siendo afectados con la nulidad del acto. Por ello, el fundamento para que el juez pueda modular tales efectos, no es otro que los mandatos constitucionales que exigen a las autoridades la protección de los derechos de los particulares y la obligación en específico para él, de efectivizar los derechos a la par que preservar el orden jurídico.

Igualmente encontramos como fundamento normativo específico para que el juez pueda realizar esta labor en su sentencia, el mandato contenido en el inciso tercero del artículo 187 del mismo Código, que dispone que para restablecer el derecho del particular, *la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.*

Aunque se entiende referido sentencias proferidas en el control de un acto administrativo particular y con efectos inter partes, este mandato es importante en la medida en que contiene la posibilidad de efectivizar los derechos de los particulares. Ello sin duda es una herramienta real y cierta para que se supere el entendimiento del control constitucional como mera constatación del acto con la ley. Con esta disposición entonces se completa el marco legal para que las decisiones judiciales puedan alcanzar todas las formas de modulación de las sentencias que la doctrina y la misma jurisprudencia han desarrollado.

3.3. Las consecuencias de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos frente al administrativo declarado nulo.

La pregunta sobre cuál es la consecuencia de la nulidad de un acto administrativo, implica distinguir los fenómenos de existencia, validez y eficacia. La distinción implica no confundir pero si saber relacionar un concepto con otro.

En términos de Santiago Muñoz Machado (2006)

Las normas vigentes no son necesariamente ni válidas ni eficaces. Algunas corrientes doctrinales han concebido la eficacia como una consecuencia necesaria de la vigencia, o también de la validez. Pero, en términos constitucionales, para nosotros no es dudoso que cada uno de esos conceptos tiene un régimen perfectamente delimitado y, en buena medida autónomo en relación con los demás. (p. 135)

Consideramos que presentando algunos casos en los que han confluído y se han confundido estos términos, puede ser una manera adecuada para lograr aclarar sus diferencias. Procederemos entonces a ello, para finalmente evidenciar cómo en la práctica la confusión de estos tres elementos lleva a resultados alejados a los fines perseguidos por las normas mismas.

3.3.1. La eficacia de los actos administrativos y sus relaciones con la existencia y la validez

En algunas ocasiones, la eficacia del acto administrativo fue confundida con su existencia, así el Consejo de Estado colombiano sostuvo una tesis según la cual el acto administrativo existía solamente a partir de su notificación³¹; esta idea reduce la existencia del acto a su eficacia, tratando estos conceptos como un mismo fenómeno. Ante la inconveniencia de esta tesis, el mismo Consejo de Estado cambió tal posición y en efecto sostuvo que una cosa era la notificación del acto administrativo que generaba su eficacia y otra distinta era el momento en que nace a la vida jurídica –existe-:

(...) el acto administrativo nace a la vida jurídica en el momento mismo en que la administración adopta una decisión encaminada a crear, modificar o extinguir una situación jurídica, independiente de que dicha decisión hubiere sido notificada o publicada, es decir que el acto administrativo existe desde su expedición en legal forma, esto es, con el cumplimiento de todos sus elementos (...). por lo tanto, el

³¹ Esta idea fue desarrollada en una conocida línea jurisprudencial del Consejo de Estado Colombiano en la que se determinó como momento del nacimiento del acto administrativo, el día en que efectivamente se realizaban los procesos publicitarios, en virtud a que se creía que la notificación o publicación constituían elementos de la esencia del acto administrativo.

deber de notificación o publicación en manera alguna constituye presupuesto de su existencia. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de agosto de 2007 (Exp. 70001-23-31-000-1996-03070-01 (16016))

Hoy se entiende entonces que la existencia y la eficacia pueden coincidir en el tiempo o tener lugar en momentos diferentes. La eficacia del acto administrativo puede comenzar en el instante de su nacimiento, después o antes de éste (Boquera, 1988, p. 281).

Ahora bien, en cuanto a la relación entre eficacia y validez, podemos afirmar que una vez declarado nulo el acto, una de las consecuencias es la pérdida de su eficacia. Entendiendo que esa consecuencia puede presentarse en un mismo momento a partir de la declaratoria de nulidad o de manera posterior, podremos darle sentido por ejemplo a las declaratorias de nulidad o inconstitucionalidad con efectos diferidos en el tiempo. Caamaño (1997) se refiere a este fenómeno como la *eficacia prospectiva* de los fallos:

El TC –refiriéndose al Tribunal Constitucional alemán- permite expresamente que aquella –la norma enjuiciada- continúe desplegando efectos incluso después de dictada la sentencia de declaración de inconstitucionalidad, hasta que el legislador reforme la norma contraria a la Constitución dentro del plazo que el Tribunal Constitucional le da en la propia Sentencia. Desde el punto de vista que nos interesa, no solo habrá anulación de los actos dictados con arreglo a la norma

contraria a la Constitución, sino que continuarán dictándose actos sobre la base de dicha norma, hasta que la misma sea objeto de modificación en los términos y dentro del plazo que el Tribunal Constitucional concede al efecto. Parece haberse llegado, en suma, hasta un extremo difícilmente imaginable hace algunos años en la doctrina de la eficacia prospectiva de la nulidad de las normas, extremo que, vaya por delante, ha exigido en Alemania la reforma de la Ley de su Tribunal Constitucional. (p. 168 y 169)

En nuestro sistema jurídico, la eficacia prospectiva de las sentencias de inconstitucionalidad ha sido aplicada en varias oportunidades por la Corte Constitucional, ante lo cual, esa Corporación ha justificado la medida en razones de conveniencia al establecer que el vacío jurídico creado por la invalidación de la norma perjudicaría más de lo que beneficia y reconociendo que ese vacío debe llenarlo necesariamente el legislador.³²

Aunque sin ser una posición reiterada y común, en lo Contencioso Administrativo existe un antecedente que representa esta posibilidad; se trata de la Sentencia de nulidad de la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, la cual fue declarada con efecto diferido. Es decir, su eficacia, su real cumplimiento, se dio hasta unos meses después de haberse producido el fallo en virtud a la proximidad de las elecciones de Congreso en nuestro país. Con ello se evitó un caos en el desarrollo de los comicios y los Consejeros Nacionales Electorales, pese a haberse decretado la nulidad de sus respectivas elecciones, oficiaron como tales unos meses más,

³² Ejemplo de este tipo de eficacia lo constituyen las sentencias C-366 de 2011 y C-818 de 2011.

mientras el Congreso Colombiano integró nuevamente y en debida forma a los miembros de esa corporación.³³

Como es fácil de concluir, esta es una forma de modular los efectos en el tiempo de las sentencias, que se aparta de la regla general de los efectos automáticos *ex tunc o ex nunc* y que atiende a criterios de conveniencia evaluados responsablemente por el juez. Ya se hará mención más adelante de la carga y el papel del juez en un Estado democrático como el nuestro. Por ahora, concluimos que eficacia y validez son fenómenos diferentes y que este entendimiento hace posible la modulación de los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad.

3.3.2. La validez y su relación con la existencia

Ahora bien, con relación a los conceptos de validez y existencia, también diferenciables, muy a menudo son concebidos como sinónimos. Dromi (2000) considera que la existencia y la validez no se pueden desligar:

(...) la existencia del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos elementos esenciales: competencia, objeto, voluntad y forma, los cuales deben concurrir simultáneamente en la forma requerida por el ordenamiento jurídico, caso contrario se afecta su validez (...) los elementos esenciales del acto hacen a su existencia y validez.

(p. 33)

³³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 6 de octubre de 2011 (Exp. 11001032800020100012000 (2010-00120)). Copia tomada directamente de la página web de la corporación

Esta concepción, que no distingue entre la existencia y la validez del acto, es la que conlleva a considerar que si el acto es invalidado (declarado nulo), debe entenderse como si nunca hubiese existido. No obstante, consideramos que tales conceptos deben desligarse. Como lo afirma Yepes (2011, p.130) en cualquier acto administrativo deben materializarse ciertos elementos esenciales: sujeto, objeto causa, fin y forma; cada uno de ellos consagra tal entidad que su inexistencia compromete la del acto jurídico, y su vicio la validez del mismo. En ese orden, si se carece de alguno de los anteriores elementos el acto está afectado desde su existencia; pero si su expedición cuenta con todos ellos, no hay fundamento para señalar que este no existe. Otro asunto será su validez.

Así, por ejemplo, si falta el sujeto que expide el acto, éste es inexistente; pero, si existe un vicio en elemento subjetivo, aquel es inválido por la causal de nulidad de falta de competencia, aunque existió.

En suma y como quedó ya establecido anteriormente, cada una de las causales de nulidad del acto representa un vicio en uno de sus elementos: falta de competencia -vicio en el sujeto-; falsa motivación -vicio en la causa-; desviación de poder -vicio en el fin-; y expedición irregular -vicio en su forma-.

De lo anterior se concluye que, constituyen presupuestos de existencia la expresión del objeto, sujeto, causa, fin y forma. Son presupuestos de validez del acto existente, el sometimiento de cada uno de estos elementos al ordenamiento jurídico; y, son presupuestos de eficacia la publicidad del acto, la firmeza jurídica y la ausencia de la pérdida de su fuerza ejecutoria. Largacha & Posse (1988) se refieren a la inexistencia como una irregularidad que,

(...) se ha referido principalmente a la falta total de competencia o de procedimiento, aunque existe la tendencia a aceptar como inexistencia del acto administrativo, y no acto administrativo inexistente para salvar la discusión terminológica, la acción humana que contenga violación o falta grosera al orden jurídico que desborde los límites de la legalidad, incluyendo también las faltas de contenido y voluntad. (p.49)³⁴

En ese orden de ideas, el hecho de que el acto sea inválido no puede significar al menos en derecho administrativo, que nunca existió, pues en términos reales es evidente que sí existió y produjo plenos efectos jurídicos, en virtud precisamente a sus atributos.

Tissier (citado por Lamprea, 2004), al comentar la sentencia de la Corte de Casación Francesa de diciembre 30 de 1902, se refiere así a la distinción entre existencia y validez de los actos jurídicos:

³⁴ Sobre la inexistencia del acto administrativo puede revisarse también los texto de Cassagne (2009, p. 249-54); Santofimio (2003, p. 346-50) y Boquera (1988, p.79-85).

Esta distinción ha sido duramente criticada por un sector de la doctrina moderna. Se le reprocha haber introducido, en la teoría de la nulidad, una complicación inútil; se le censura además, de ser ilógica. Porque es imposible el acto inexistente. Se puede hablar de inexistencia, para referirse a la situación en que resulta imposible probar la existencia de una voluntad que busca producir determinado efecto de derecho. Pero, una vez que se obtiene esa prueba, el acto surge a la vida: queda por indagar si es válido, es decir, si se creó con las condiciones de fondo y de forma, que precisa la ley, con el fin de que sea eficaz. En caso de que carezca de una o más requisitos el acto es nulo. (p. 89)

En conclusión, el acto administrativo existe a partir de la confluencia de la voluntad arraigada en los elementos del mismo, que su invalidez implica la no conformación de esos elementos con las exigencias que las normas superiores imponen y que una vez invalidado, este pierde eficacia. La nulidad hace inválidos a los actos existentes y ello deriva en la ineficacia de los mismos³⁵.

Podemos afirmar entonces que si de la nulidad no se deriva la inexistencia del acto, pues este ha producido efectos o cuando menos ha tenido la virtualidad de producirlos, asumir que

³⁵ Esta idea resulta acorde con el rechazo a la teoría de la inexistencia del acto, que plantea la contradicción de asumir el estudio de la legalidad de algo que es una “nada”, a lo que Cassagne (2009, p. 249) ha denominado el mito del acto inexistente.

necesariamente su declaratoria lleva a la ficción³⁶ de devolver las cosas al estado en que se encontraban como si el acto nunca hubiere existido, no resulta lógico.

Al contrario, con esta confusión de conceptos resulta una verdadera contradicción seguir invocando tal ficción, al menos tratándose de actos administrativos, pues la estela de efectos jurídicos y materiales que ha dejado el acto declarado nulo, no puede ser desconocida cuando se trata de intereses públicos en juego.

En el caso que describimos a continuación, se representa la utilización de un criterio que identifica la validez con la existencia a otorgarle efectos *retroactivos (ex tunc)* a las sentencias de nulidad en materia electoral. Veremos cómo la aplicación de los efectos mencionados sin mayores reflexiones, deforma en el caso concreto la teleología normativa, ocasionando una contradicción indeseable para cualquier sistema jurídico electoral.

El artículo 314 constitucional dispone que en cada municipio de Colombia habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para periodos institucionales de cuatro años y no podrá ser reelegido para el período siguiente.

³⁶ Luna (2013, P. 25), aproxima el concepto de ficción en los siguientes términos: (...) las ficciones, consistentes, en cuanto alteraciones de la realidad material o de los conceptos jurídicos en que la realidad jurídica se formaliza, en proposiciones doctrinales, jurisprudenciales, negociales o legales que tienen como propio un contenido asertivo que por razones más o menos justificables de equidad, de utilidad o de conveniencia, se agota en sí mismo y vuelve deliberadamente la espalda a la realidad material o conceptual sobre la que opera.

La prohibición de la reelección encuentra sentido si se piensa que con ella se pretende evitar que tales funcionarios obtengan ventajas electorales derivadas del ejercicio del cargo. Asumiendo tal interpretación, hace unos años, fue demandado ante el Consejo de Estado el alcalde del municipio de Guatavita - Cundinamarca.

El demandante alegó que el elegido para el periodo 2004-2007 no reunía las calidades exigidas para ser alcalde, por cuanto durante el período constitucional anterior 2001-2003 también se desempeñó como primera autoridad del municipio de Guatavita, hasta el 30 de agosto de 2002, aunque no pudo concluirlo porque se declaró la nulidad de su elección. Por tal razón el demandante consideró que se violó el artículo 314 Constitucional que prohíbe la reelección.

La sección quinta del Consejo de Estado determinó que la nulidad que había sido declarada en el año 2002, necesariamente derivaba la inexistencia del acto, es decir, que debía entenderse que el acto de elección de alcalde nunca había existido, en virtud a que los efectos de las nulidades tienen la virtualidad de regresar las cosas al momento anterior a la expedición del acto viciado. (Restablecimiento de la situación *ex ante*)

(...) se interpreta como si el acto no hubiera existido jamás; es así que declarada la nulidad de la elección, el acto administrativo respectivo desaparece de la vida jurídica y las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto afectado de nulidad, es por ello que la elección del alcalde (...) para el periodo 2001-

2003, después de ser anulada por sentencia judicial debidamente ejecutoriada, deja de existir y por la misma razón, debe entenderse que el señor (...) nunca fue elegido alcalde del municipio de Guatavita durante el periodo (...) y no se configuró la reelección inmediata(...). (Consejo de Estado, Sección Quita, sentencia del 3 de noviembre de 2005 (Exp. 25000232400020040079601 (3792))).

Esta decisión equivale a decir que quien materialmente fungió como alcalde durante más de un año, con todas las facultades, la plenitud de sus atribuciones y sobre todo, con toda la posibilidad de influir en el electorado para favorecerse en futuras elecciones, no lo fue, por arte de una ficción atribuida por el juez como propia de los efectos de las nulidades.

La situación descrita contradice la realidad con consecuencias graves para la preservación del orden jurídico y para la protección de derechos democráticos fundamentales en nuestro Estado, pues es innegable que el vinculado en la demanda sí fue alcalde y que todos sus actos produjeron efectos; en consecuencia, lo que el Constituyente quiso evitar con la inhabilidad, que era precisamente que quien se desempeñaba como alcalde obtuviera ventajas para ser reelegido; el juez en este caso lo permite sin más argumentos que la aplicación formal de lo que considera es un principio del derecho: la retroactividad de las sentencias de nulidad.

Ejemplos como este permiten abonar el camino para concluir que los efectos *ex tunc* no son una condición necesaria de las sentencias de nulidad de los actos administrativos.

3.4. Los efectos *ex tunc* y *ex nunc* de las sentencias

Conviene revisar ahora la fundamentación de la atribución de los diferentes efectos temporales a las sentencias judiciales, su razón de ser, y principalmente la finalidad concreta en términos de protección de derechos, que justificación su aplicación.

Lo primero que conviene aquí precisar es el significado de efectos *ex tunc* y efectos *ex nunc*, que se resumen adecuadamente en (Aguirre, 2009, p. 392):

- *Ex tunc*, significa “desde el origen”; una nulidad *ex tunc* es una nulidad que se retrotrae al día en que se concluyó un contrato, se dictó la resolución impugnada o, como veremos más adelante, entró en vigor una norma de carácter general o una ley.
- *Ex nunc*, significa “en adelante”; la rescisión de un contrato a partir de que se pronuncia, la nulidad de una resolución general o de una ley, a partir de que se declara.

Se ha definido que la naturaleza de la sentencia determinará el tipo de efecto que se le deba dar, es decir, dependiendo de si ésta es declarativa de derecho o constitutiva de un nuevo

status, se genera un efecto específico. Así para las primeras (las declarativas) el efecto no puede ser otro que *ex tunc* y para las segundas (las constitutivas) *ex nunc*.

Una sentencia declarativa es aquella que se limita a constatar la existencia de un vicio preexistente en la norma que se impugna, de forma tal que con la decisión lo que se hace es acreditar formalmente una vulneración a las normas superiores, vulneración que siempre había existido. Bajo este entendimiento, si el vicio de nulidad es originario, parece obvio que la desaparición de la norma declarada nula arrastre la de los actos dictados con arreglo a aquella (Caamaño, 1997, p.170).

Por su parte, la sentencia constitutiva altera el ordenamiento jurídico de forma tal que con su expedición, lo modifica, pues a partir de la decisión se expulsa de él una norma jurídica, como ocurre con las sentencias de inexecutable de las leyes. De suerte que si va a ser el pronunciamiento judicial el que determinará la invalidez de la norma, es decir, si va a tener naturaleza constitutiva, su eficacia será *ex nunc*, de modo que al menos en teoría deben conservarse la validez de los actos que en aplicación de la norma se hayan dictado antes de la sentencia (Caamaño, 1997, p. 171).

Esta tesis es la que ha permitido en algunas ocasiones asemejar las sentencias de nulidad de los actos administrativos generales con las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes, pues en

ambos casos se trata de la expulsión del ordenamiento jurídico de normas de contenido general, con efectos *erga omnes*. Como se analizará más adelante en la línea jurisprudencial sobre los efectos de los actos administrativos,³⁷ el Consejo de Estado colombiano se ha inclinado en algunos periodos por esta semejanza, lo que le ha permitido concluir que tratándose del control de nulidad de un acto administrativo general, se está materialmente frente a una ley por lo que los efectos de la sentencia deben ser hacia el futuro, tal como ocurre con las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes. Esta posición, como se demuestra también en un capítulo posterior, ha sido tan solo intermitente en la jurisprudencia colombiana, pues en otros periodos lo que se ha indicado es precisamente que la nulidad de los actos administrativos es una figura y la inconstitucionalidad de las leyes es otra, pues se trata de actos y de controles de naturaleza diferente.

Tal vez por ello, como lo sostiene Diez (1965 p.389) este criterio es insuficiente al momento de intentar definir o justificar una regla general para darle efectos retroactivos a la nulidad de los actos administrativos, en virtud a por lo menos dos razones. La primera, se relaciona con la certeza de la naturaleza declarativa de estas sentencias; la segunda tiene que ver con que no es una consecuencia necesaria para otorgarle los efectos *ex tunc o ex nunc* a la sentencias, su naturaleza jurídica.

Sobre si la declaratoria de nulidad es un acto constitutivo, el autor señala con singular contundencia lo siguiente:

³⁷ Estas posiciones se trabajan y se desarrollan en el capítulo 4 de este documento.

En cuanto a la naturaleza jurídica del acto de invalidación es necesario establecer si es de carácter constitutivo o declarativo. Se trata sin duda de un acto jurisdiccional, cuyo efecto típico consiste en la eliminación del acto viciado. En un principio se pensó que como el acto inválido llevaba latente en sí el vicio que le aquejaba, no podía dar origen a una relación jurídica; el acto viciado no había entrado en el mundo del derecho. De este principio se deducía que el acto de invalidación tenía carácter declarativo, pero, como hemos observado, los actos administrativos, aunque fueran inválidos absolutos, tienen presunción de legitimidad y son ejecutivos hasta tanto que sean invalidados. Vale decir, entonces, que el acto inválido tiene vida propia en el campo jurídico, y produce provisionalmente efectos jurídicos iguales a los que produciría en sentido válido. El acto de invalidación, pues, destruyendo lo que se había creado e impidiendo la producción de efectos ulteriores, sirve para hacer nacer, para producir, un efecto jurídico nuevo. Por ello puede decirse que el acto de invalidación entra en la categoría de actos constitutivos. (p. 389)

Ahora bien, con relación a la irretroactividad como una consecuencia necesaria del acto constitutivo, Díez (1965) señala que:

La irretroactividad no es de la esencia del acto constitutivo y por ello no puede decirse que cuando exista un acto constitutivo será siempre irretroactivo y viceversa. Lo que es esencial en el acto constitutivo es la realización de un nuevo estado

jurídico, pero no el carácter de retroactivo o irretroactivo de esa nueva situación jurídica. (p. 390)

Por todo lo anterior, creemos que lo que se piense a cerca de la naturaleza jurídica de la nulidad, no es suficiente para establecer una regla general que determine los efectos en el tiempo de la sentencia, pues además de no tratarse este asunto de la esencia del acto constitutivo o declarativo, escapa a su planteamiento, asuntos importantes como la estela de efectos jurídicos que deja el acto invalidado y las situaciones concretadas a raíz de su ejecución. Lo que habría que preguntarse entonces es por la finalidad que cada uno de los efectos tiene; la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, corporación que ha construido en sus sentencias las justificaciones para modular los efectos de sus propios fallos³⁸, ha planteado que los efectos *ex nunc* de las sentencias se confieren con el fin de proteger principios como el de seguridad jurídica relacionado directamente con la cosa juzgada, buena fe y confianza legítima, respeto por los derechos adquiridos y el principio de legalidad; el efecto *ex tunc*, que la misma Corte ha dado en entender que puede ser aplicado en sus sentencias excepcionalmente, descansa en el respeto por de derechos y principios como justicia material y la igualdad.

Lo cierto, con esta referencia a la justicia constitucional, es que el control que se ejerce por la Corte es un control a normas de carácter general, abstracto e impersonal, de suerte que en

³⁸ La Corte Constitucional ha elaborado una línea jurisprudencial sobre el alcance temporal de sus sentencias que comprende entre otras las siguientes sentencias: C-113 de 1993, C-619 de 2003, T-389 de 2009, C-444 de 2011.

consecuencia el efecto de las sentencias debe ser un efecto general inmediato. Como la misma Corte lo ha expuesto:

De este modo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado las características principales y generales de los efectos en el tiempo de las sentencias de control de constitucionalidad, que como se dijo, aplican a los fallos de inexecutable y de executable condicionada. Dichas características, derivan en gran medida de los efectos en el tiempo de las normas de derecho. En este orden, se tiene que el efecto temporal de las proposiciones jurídicas es por regla general, (i) la aplicación general, inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, y (ii) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal, esto es, que quien produce la norma tiene *prima facie*, la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita. (Corte Constitucional, sentencia T-389 de 2009)

Sin embargo, consideramos que cuando se trata del control de nulidad de actos administrativos, si bien es posible fundamentar los efectos en la protección de estos principios y derechos, especialmente cuando el control se ejerce también frente a actos generales, abstractos e impersonales, es necesario recabar en otro tipo de consideraciones propias del ejercicio de la función jurisdiccional administrativa, como en un capítulo posterior se intenta esbozar.

De todas maneras consideramos que lo afirmado por la Corte Constitucional en torno a la inconveniencia de establecer reglas absolutas al momento de fijar los efectos temporales de sus

sentencias, debe ser también válido para el caso de las sentencias de nulidad de actos administrativos:

La anterior presentación, aunque elaborada de manera sucinta permite comprender la dificultad que plantea adoptar reglas absolutas para conceder o no efectos retroactivos a las sentencias de inconstitucionalidad, pues la tensión permanente de principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica frente a la igualdad, la justicia y en últimas la supremacía material de la Constitución, enfrentan al operador jurídico a la necesidad de valorar en cada caso las circunstancias específicas a fin de adoptar la decisión que mejor se ajuste a los mandatos Supremos. (Corte Constitucional, sentencia C-619 de 2003)³⁹

3.5. Regulación positiva de los efectos de las sentencias de nulidad en Colombia

No hay duda de que lo definido por el legislador es un criterio importante que debe atender el juez a la hora de ejercer sus competencias, por ello, repasaremos cuáles son los mandatos específicos que ha elaborado en nuestro caso, para fijar unos primeros parámetros en la atribución de efectos a las sentencias.

³⁹ Esta consideración coincide como lo afirma Mairal (1984, p. 861) con lo que sucede en el derecho norteamericano, en donde la solución para determinar la retroactividad o no de las nulidades de las normas se resuelve atendiendo a las circunstancias de cada caso, obligando al juez a evaluar los propósitos que las nuevas pautas persiguen y el efecto que la aplicación retroactiva tendría sobre la administración.

El artículo 189 de la Ley 1437, establece los efectos de las sentencias en los juicios de nulidad. En una primera parte del artículo señala que “la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes”.

Lo anterior no quiere decir más que la declaratoria de nulidad se podrá oponer a todo el mundo, inclusive a terceros que no han participado directamente dentro del proceso que definió tal nulidad; sin embargo, esta regla necesariamente debe ser complementada con el inciso 5 de la misma disposición que establece: “la Sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor”. Con estas dos disposiciones, se puede concluir que en el evento en que la declaratoria de nulidad conlleve un restablecimiento del derecho y ello se derive de la invalidez de un acto general, solamente aprovechará tal situación a quien demandó⁴⁰, es decir, esa sentencia no tiene efecto *erga omnes*. El problema es descrito por Arboleda (2012) así:

La cuestión radica en establecer si la anulación del acto general, pronunciada en un proceso inter partes, afecta las situaciones administrativas de las personas que no fueron parte del proceso, y que se fundaron en el acto anulado, es decir si estas sentencias pueden tener efecto erga omnes. (p. 306)

A lo que el autor citado concluye que no es posible atribuir este efecto a esta situación particular.

⁴⁰ Esta hipótesis puede ser real en virtud a la posibilidad de que un particular pueda demandar un acto de contenido general con pretensiones de restablecimiento del derecho. Regla contenida en el artículo 138, inciso segundo.

El inciso tercero del mismo artículo señala la siguiente regla: “Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada⁴¹. Sin embargo, el juez podrá disponer de unos efectos diferentes”.

En efecto, expresamente el legislador reguló los efectos de este tipo especial de sentencias que son expedidas en el examen de nulidad por inconstitucionalidad, potestad otorgada constitucionalmente al Consejo de Estado, explicada con antelación en el presente trabajo. Se estableció entonces una regla general es darle efectos *ex nunc* – hacia el futuro- sin perjuicio de que el propio juez pueda darle un alcance diferente.

Conviene aquí mencionar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-400 del 3 de julio de 2013, declaró exequible la frase “tienen efectos hacia el futuro” contenida en el citado artículo, resaltando que el legislador ordinario es competente para regular este tipo de efectos y además, por tratarse de una labor de control abstracto de constitucionalidad, el tratamiento semejante con las sentencias expedidas por la misma Corte, es coherente.⁴²

⁴¹ El artículo aprobado por el legislador establecía al efecto que este tipo de sentencias tenían la fuerza de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-400 del 3 de julio de 2013, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, declaró inexecutable la expresión “constitucional” con el argumento de que es solamente este alto tribunal quien tiene la potestad de revestir de cosa juzgada constitucional a las normas objeto de control, de suerte que no es posible trasladar estos efectos al Consejo de Estado por carecer este de la potestad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

⁴² Al margen, resulta paradójico de esta sentencia que para declarar inexecutable la cosa juzgada “constitucional” se apoya en el rechazo de un argumento que parece ser el mismo que acoge para declarar exequible la regla general de los efectos a futuro que el legislador le atribuye a las sentencias derivadas de los juicios de nulidad por inconstitucionalidad.

Dejando esta posibilidad de que el juez pueda dar el alcance que estime a sus sentencias de nulidad por inconstitucionalidad, el legislador no dispone ninguna otra regla aplicable a las sentencias de nulidad de los actos administrativos.⁴³ Este silencio legislativo, se constituye en el punto de partida de la tesis propuesta en este trabajo.

Es común el entendimiento de que no era necesario que el legislador se pronunciara al respecto de los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad, pues una consecuencia necesaria de este tipo de sanción es su retroactividad o efectos *ex tunc*⁴⁴. Esta idea ha sido acogida por regla general cuando se trata de los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad de los actos administrativos de contenido particular y concreto, en tanto que para los actos administrativos de contenido particular las reglas fijadas por la jurisprudencia han variado en determinados periodos de tiempo. Enseguida un análisis jurisprudencial al respecto.

⁴³ Salvo algunos artículos en materias muy específicas como servicios públicos: Artículo 38 de la Ley 142 de 1994 “la anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos sólo producirá efectos hacia el futuro”; al igual que la hipótesis contenida en el artículo 164 literal c) a la que ya se hizo referencia en este trabajo.

⁴⁴ Así se desprende afirmaciones como las de Arboleda (2012, p. 305). Igualmente se encuentra esta posición en los argumentos esgrimidos por el demandante dentro de la acción pública de inconstitucionalidad que desembocó en la sentencia C-400 de 2013.

4. LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

4.1. La retroactividad o los efectos *ex tunc* como hábito de las sentencias de nulidad

La cuestión de determinar los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad de los actos administrativos, representa sin duda una especial importancia pues envuelve consigo el poder de establecer exactamente desde cuándo, cuáles y cómo serán afectadas las relaciones jurídicas producidas por el acto nulo.

Como anotábamos al finalizar el capítulo anterior, nuestra legislación no regula expresamente cuáles deben ser los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad; solamente existen para casos particulares, unas especiales disposiciones en las que se coincide darle efectos a futuro -*ex nunc*- a dichas decisiones. Ospina (2013, p. 428) referencia las siguientes: Artículo 38 de la Ley 142 de 1994 “la anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos sólo producirá efectos hacia el futuro”; artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, que dispuso que la nulidad del acto de inscripción y calificación en el registro único de proponentes “sólo tendrá efectos hacia el futuro”; y el ya mencionado artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, que dispone los efectos para las sentencias producidas en los juicios de nulidad por inconstitucionalidad.

Debemos entonces iniciar nuestro análisis, describiendo las justificaciones para atribuir unos y otros efectos, al tiempo que indicaremos los criterios que han apoyado las diferentes posiciones adoptadas en nuestra jurisprudencia al respecto, que por regla general ha entendido que los efectos de una sentencia de nulidad, son retroactivos.

Las conclusiones y los resultados expuestos en este capítulo se basan en un trabajo de campo realizado con la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. Para ello, se seleccionaron las sentencias que desde 1915 hasta 2013 se identificaron en los restrictores de la relatoría de la Corporación con el tema de los efectos en el tiempo de las nulidades; el total de sentencias analizadas fue de 132, todas obtenidas de la relatoría mencionada.

La primera cuestión que surge con relación a los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad, tiene que ver con la aplicación del régimen de validez de los actos jurídicos civiles. Se ha entendido que por ser el acto administrativo un acto jurídico, es lógico que puedan adoptarse las reglas de la invalidez del acto jurídico privado del derecho civil.

Ya anotamos cómo el acto administrativo es un acto jurídico, pero con una especificidad, características y elementos que lo hacen independiente de los actos jurídicos civiles. La cita de Garrido (1994) es más que ilustrativa sobre el punto:

No hay duda de que los primeros intentos que se han realizado en este último campo (en el derecho administrativo) reflejan un cierto mimetismo respecto de las teorías del Derecho civil, por lo que algún autor, como GIANINI, ha tenido que recordar que <<un sistema de invalidez constituido en un Derecho que encuentra su centro en el problema de la autonomía de los sujetos privados mal se presta a ser aplicado a un Derecho que encuentra su centro en el problema de la dialéctica autoridad-libertad>>. (p. 432)

En Colombia, este tipo de fundamento aparece marcado claramente en una sentencia del Consejo de Estado del 14 de junio de 1915, magistrado ponente Adriano Muñoz, en donde la asimilación con el régimen de invalidez del derecho civil, hace que se concluyan dos cosas importantes: la primera, que la nulidad es una sanción al acto por la trasgresión a la legalidad y por tanto se diferencia de la derogación, que no constituye sanción alguna; de allí, se desprende la otra noción fundamental, cual es la de que tratándose de la nulidad, se deben restablecer las relaciones jurídicas de las partes al estado que tenían antes del acto declarado nulo, es decir los efectos son retroactivos:

Pero la nulidad, competentemente declarada, produce el resultado de que las relaciones jurídicas de las partes, vuelvan al estado que tenían antes del acto o contrato nulo. La derogación no es pena, en tanto que la nulidad sí es la sanción, el mal que se deriva del quebrantamiento de la ley. Estos principios fundamentales de Derecho Universal están consignados en los artículos (1° y 1746 del Código Civil.)

Por tanto, declarada la nulidad de una ordenanza por la autoridad de lo contencioso administrativo, con arreglo a las Leyes 4 y 130 de 1918, necesariamente deben restablecerse las cosas, en lo que sea físicamente posible, al estado que tenían antes de la vigencia de la ordenanza, esto es, se consideran inválidos los efectos producidos por ella.

Esta idea de que la retroactividad de las sentencias de nulidad es un principio universal del derecho se suele reiterar en un párrafo común en general de todas las sentencias de nulidad de actos administrativos particulares:

Lo anterior significa que la norma ordenanzal que le sirve de sustento a la actora desapareció del marco jurídico ya que la declaración de nulidad deja sin efectos el acto desde su expedición. Los efectos de la declaración de nulidad se produjeron, como es obvio, a partir de la ejecutoria de la providencia que la declaró pero se extendieron retroactivamente desde el momento mismo del nacimiento del acto a la vida jurídica, vale decir, “*ex tunc*” (desde entonces), porque la nulidad de los actos administrativos “devuelve las cosas al estado que antes tenían”, como reiteradamente y sin rectificación alguna lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 28 de abril de 2005 (Exp. 25000-23-25-000-2000-05923-01 (1121-04)))⁴⁵

⁴⁵ Entre muchas sentencias, este mismo argumento se puede encontrar en las siguientes: Sección Segunda – Subsección “A”, sentencia de noviembre 30 de 2000 (Exp. 17334), C.P.: Nicolás Pájaro Peñaranda; Sección Segunda – Subsección “B”, sentencia de febrero 16 de 2006 (Exp. 25000-23-25-000-2001-00359-01(0359-05)), C.P.: Jesús

En el campo del derecho civil, en donde el contenido de los actos es netamente económico y la situación de las partes por regla general es de plena igualdad, resulta obvio que la consecuencia de la declaratoria de nulidad sea precisamente restablecer el equilibrio perdido por causa del vicio del acto o contrato y la forma de hacerlo será entonces la reparación *innatura* (volver las cosas al estado anterior) o la compensación económica cuando ello no fuere posible.

En el campo del derecho administrativo no siempre ocurre lo mismo, recordemos que los actos administrativos no se generan por una relación igualitaria entre el Estado y el particular, al contrario, por ser estos un instrumento de ejecución debida de la ley, naturalmente estarán envueltos por una preponderancia de la administración, que tiene a su mano los atributos de que está revestido el acto para ejercer su superioridad en aras del cumplimiento de sus finalidades constitucionales y legales.

Igualmente, el contenido de los actos administrativos no supone la mayoría de las veces, una relación de contraprestaciones mutuas, sino una imposición de cargas o una concesión de derechos (actos de gravamen o actos declarativos de derechos) y allí la regla de la retroactividad de la nulidad, para volver las cosas al estado en que se encontraban, no debe operar de manera automática. El respeto por los derechos de los administrados, enmarcados por ejemplo en conceptos como la confianza legítima del particular es un criterio que debe ponderarse a la hora de restablecer la legalidad, pues si bien la administración se mueve con la exorbitancia propia de

María Lemos Bustamante; Sección Cuarta, sentencia del 23 de febrero de 2001 (Exp. 76001-23-31-000-2005-02192-01(17139)), C.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

sus responsabilidades en la consecución de los fines estatales, no puede perderse de vista que la protección de los derechos de los individuos es también uno de ellos. De similar importancia debe ser también el principio de igualdad, no entendido como igualdad formal, sino como la materialización de fórmulas que permitan un tratamiento por parte de las autoridades acorde con las realidades individuales y la justicia material del caso concreto.

Por todo lo anterior consideramos que no es un principio general del derecho administrativo darle efectos *ex tunc* o retroactivos a las sentencias de nulidad de los actos, de suerte que obviar la posibilidad de dar un efecto diferente invocando la aplicación de este supuesto principio universal, no nos resulta convincente ni conveniente.

Con este análisis pretendemos fundamentar la posibilidad de modular los efectos de las nulidades de los actos administrativos, cuando de ello resultare una mejor manera de proteger el orden jurídico y los derechos de los particulares. De ninguna manera es el fundamento para desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas que otorguen beneficios en cabeza de particulares de buena fe.

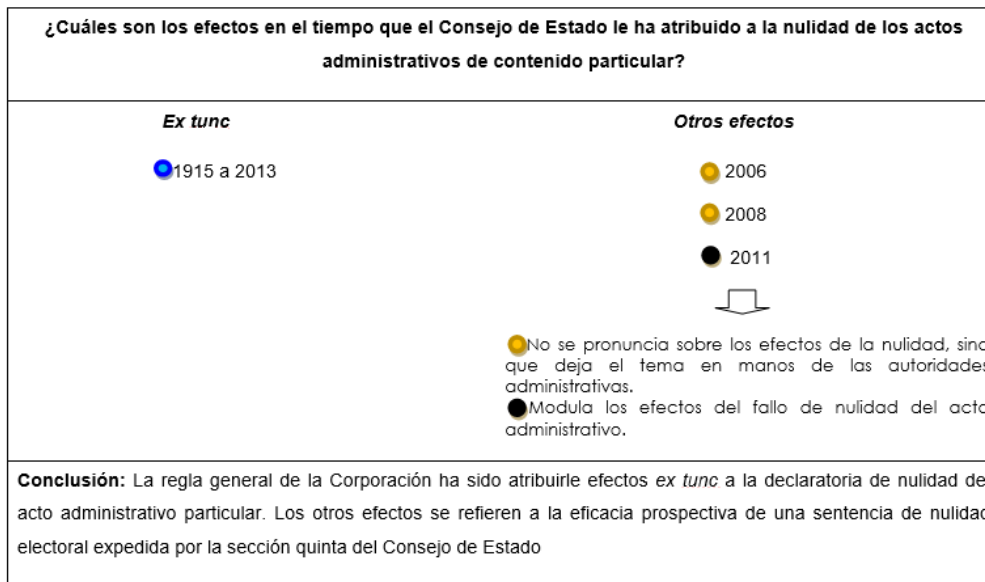
4.2. La Clase de Acto administrativo como criterio para atribuir efectos temporales a las sentencias de nulidad

Sin duda en la jurisprudencia colombiana aparece marcado el debate sobre la clase de acto (particular y concreto o general) como determinante para otorgar efecto en el tiempo a sus sentencias de nulidad.

El argumento aquí es que los efectos de la nulidad serán siempre *ex tunc* cuando se trata de actos administrativos de carácter particular y concreto, pero, en tanto se trate de actos administrativo de contenido general, los efectos de la sentencia de nulidad deben ser *ex nunc* en virtud a la asimilación material de estos con la ley.

En efecto, casi que sin rectificación alguna el Consejo de Estado ha sostenido que tratándose de la nulidad de actos administrativos de carácter particular y concreto, los efectos serán *ex tunc* o retroactivos, pues como quedó visto, se tiene el entendimiento de que la retroactividad es una condición necesaria de la nulidad.

El comportamiento jurisprudencial con relación al punto, puede graficarse de la siguiente manera, siguiendo la metodología de López Medina (2006, p. 142):



Los pronunciamientos intermedios tienen que ver con la asignación de otros efectos diferentes al retroactivo. Las sentencias que constituyen esta posición son de la Sección quinta del Consejo de Estado; esto demuestra la especial problemática en el tema electoral al momento de fijar la regla general de los efectos *ex tunc* de las sentencias de nulidad de actos particulares de elección, pues allí no se trata de restablecer el derecho para ningún particular, sino más bien de encontrar la mejor manera de salvaguardar los intereses democráticos de nuestro Estado. La posición marcada con color negro, representa la sentencia ya revisada precedentemente en este trabajo, que declara la nulidad del Consejo Nacional Electoral en el año 2011 y que fija la aplicación de su sentencia de manera diferida, solo a partir de una fecha posterior, en virtud a que si hubiese declarado la nulidad con los tradicionales efectos *ex tunc* de los actos particulares, las consecuencias para la organización electoral y para la democracia misma hubiesen sido indeseables:

La Sala es consciente de las importantes funciones que desempeña el CNE como una de las principales autoridades de la Organización Electoral y de las repercusiones negativas que se generarían si en época electoral se desintegra dicha Corporación.

En consecuencia, si bien la Sección Quinta de esta Corporación decretará la nulidad del acto que declaró la elección de los miembros del CNE, contenida en el Acta de sesión plenaria del 30 de agosto de 2010, del Congreso de la República y se ordenará a dicha Corporación que, antes del quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), se lleve a cabo una nueva elección, los efectos anulatorios del presente fallo se modularán de forma tal que se garantice que el CNE esté conformado para la próximas elecciones que se llevarán a cabo el 30 de octubre del año en curso, así como en la etapa postelectoral.

(...) Con ocasión de la nulidad diferida que habrá de decretarse, y con el fin de evitar que la Organización Electoral quede acéfala en época electoral, los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales para todos los efectos legales, máximo hasta el quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), momento para el cual el Congreso de la República deberá haber cumplido con las órdenes impartidas en la parte resolutive de esta providencia.

Por primera vez en materia electoral, se fija un alcance diferido a la eficacia de la sentencia con argumentos que superan la discusión tradicional de la retroactividad como condición necesaria de la nulidad y que introducen la evaluación de las consecuencias de la decisión en el caso concreto.

En contraste, la posición marcada con el color amarillo⁴⁶ evidencia de igual manera la dificultad de los efectos *ex tunc* de las sentencias de nulidad en materia electoral, pero lejos de establecer las pautas para salvar la situación, indica que no le corresponde al juez fijar el alcance de las decisiones:

(...) que los efectos que se desprendan de una decisión de nulidad de un acto de declaratoria de elección o de nombramiento no constituyen un asunto que deba ser objeto de pronunciamiento por el juez de conocimiento, pues ese aspecto, por regla general, corresponde analizarlo y definirlo a las autoridades administrativas encargadas de cumplir la sentencia judicial, de conformidad con las normas legales que regulan la situación administrativa que surge de la declaración judicial de nulidad de la elección o del nombramiento.

Ahora bien, sobre la atribución de efectos *ex nunc* a las sentencias de nulidad de los actos administrativos de carácter general, podemos indicar que se sustenta en dos ideas: i) la nulidad de los actos administrativos generales es asimilable en todos los sentidos a la inconstitucionalidad de las leyes y ii) de ello deriva que los efectos de las sentencias de uno y otro control deban necesariamente ser el mismo: *ex nunc* o hacia futuro.

⁴⁶ Son las sentencias del Consejo de Estado, Sección Quinta, del 22 de junio de 2006 (Exp. 08001-23-31-000-2004-01427-02(3952) y del 22 de mayo de 2008 (Exp. 11001-03-28-000-2007-00035-00).

De acuerdo con la jurisprudencia analizada, se tiene que el Consejo de Estado en algunas sentencias efectivamente ha asemejado el control de legalidad de los actos administrativos generales al control de inconstitucionalidad de las leyes para concluir que los efectos en el tiempo de los fallos son *ex nunc*, tal como se dispone para las sentencias de inconstitucionalidad:

(...) Bajo el entendido de que la ley en sentido material es tan general como la ley en sentido formal, cierta doctrina judicial del Consejo de Estado de manera acertada precisó que los efectos de nulidad de los actos administrativos de carácter general deben ser los mismos que se predicen para la inexequibilidad, “(...) porque naturalísticamente se trata del mismo fenómeno, la diferencia radica en el órgano jurisdiccional que resuelva el conflicto (...)”. En ese entendido, habida cuenta de que “La nulidad en el proceso contencioso administrativo (...) sólo busca que el orden jurídico del Estado sea reparado, [e] involucra una pretensión general y no particular (...) el efecto de la nulidad debe respetar sin duda las situaciones que se han desprendido del acto nulo, constituyendo decisión independiente. Por eso, tratándose de las situaciones jurídicas creadas y consolidadas en vigencia de la ley (en sentido material y formal), no se afectan, en virtud de la declaratoria de nulidad o de inexequibilidad de esa ley o norma jurídica a cuyo amparo se consolidaron. El cumplimiento de esa obligación, como situación jurídica, se concreta en el acto jurídico de un deber cumplido que, como tal, se entiende configurado y consolidado en vigencia de las citadas normas. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 23 de febrero de 2011 (Exp. 76001-23-31-000-2005-02192-01 (17139))

Y además explícitamente ha dispuesto los efectos del fallo:

Así mismo, para la Sala es claro que esas sentencias no tienen efectos retroactivos, como parece creerlo la parte actora. Por el contrario, esas sentencias tienen efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, porque si bien los actos administrativos de carácter general, con fundamento en el criterio orgánico y en sentido formal no son Leyes, si lo son con fundamento en el criterio material, porque, al igual que la ley, tales actos también mandan, prohíben o permiten. (Consejo de Estado, sección cuarta, Sentencia del 21 de julio de 2011 expediente 1100103270002007000500 (16356))

Esta posición aparece en algunos periodos de tiempo, como en una especie de intermitencia. Sin embargo, hoy es el criterio imperante en las sentencias de nulidad que profiere la sección cuarta del Consejo de Estado. Valga decir que ninguna de las sentencias que conforman esta línea aparece referenciada como una sentencia de unificación, en el ejercicio de recopilación que el mismo Consejo de Estado ha realizado para cumplir con la función constitucional de unificar su jurisprudencia y efectivizar el mandato de la Ley 1437 de 2011 relacionado con el mecanismo de extensión de la jurisprudencia.⁴⁷

A continuación se relacionan las sentencias que sostienen esta misma idea, dentro del universo de las analizadas para esta investigación:

⁴⁷ Este ejercicio de recopilación aparece publicado en dos tomos bajo el título *Las sentencias de Unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la Jurisprudencia*, editado por el Ministerio de Justicia y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el año 2014.

- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 17 de octubre de 1969, Exp. 1384.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de noviembre de 1989, Exp. A-051.
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 12 de octubre de 1990, Exp. 1846.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 31 de mayo de 1994, Exp. 7245.
- Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Exp. 2500023240001997236001(6572).
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de junio de 2009, Exp. 08001233100020020064001(16085)
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de junio de 2009, Exp. 08001233100020020097501 (16086).
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 13 de junio de 2011, Exp. 25000232700020080018701 (17782).
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 16 de junio de 2011, Exp. 25000232700020080018601 (17922).
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 21 de julio de 2011, Exp. 11001032700020070000500 (16356).
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 13 de diciembre de 2011, Exp. 25000232700020080002301 (17709).
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 19 de diciembre de 2011, Exp. 19001233100020060060201 (17978).
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 31 de mayo de 2012, Exp. 25000232700020070023201 (18227).
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 31 de mayo de 2012, Exp. 08001233100020020112901 (17824).
- Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 2 de agosto de 2012, Exp. 76001233100020030328601 (17979).

La tesis opuesta, es decir la que establece que la nulidad es un fenómeno diferente a la inconstitucionalidad de las leyes y que por tanto las sentencias tienen efectos *ex tunc* o retroactivos, es continua y aparece marcada a lo largo de todos los años que comprenden el periodo de jurisprudencia analizado⁴⁸ y se puede resumir en el siguiente texto:

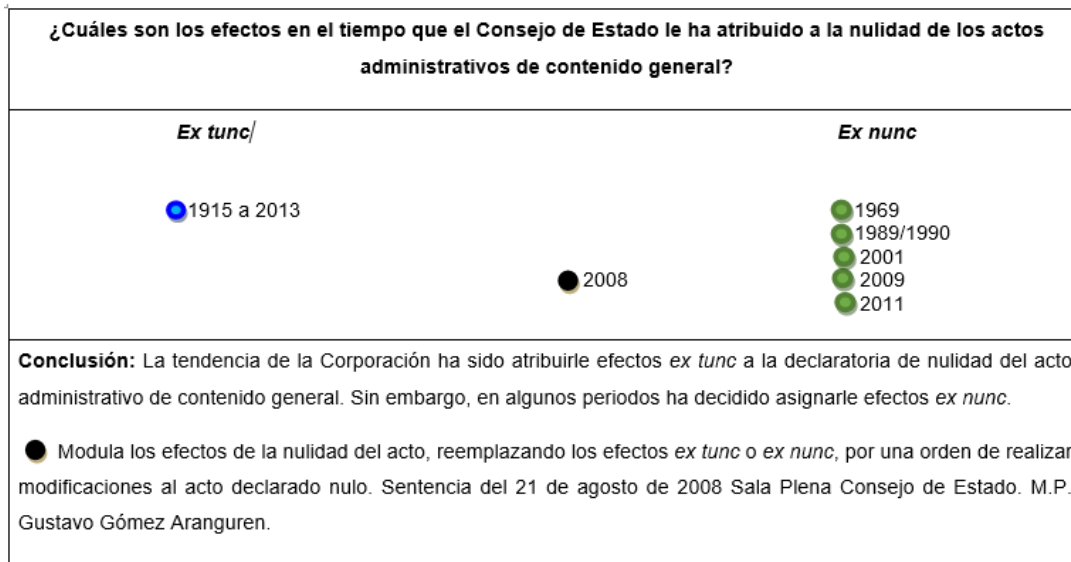
Buena parte de la jurisprudencia administrativa al abordar el estudio de los mandatos legales en cita, termina aludiendo a las diferencias que existen entre la declaratoria de inexecutable de normas con fuerza de ley y la declaratoria de nulidad de actos administrativos, la cual usualmente se hace estribar en que la primera normalmente es pro futuro (*ex nunc* o ‘desde ahora’) en tanto que la segunda tiene tradicionalmente efectos retroactivos o *ex tunc* (Kelsen).⁴⁹

(Consejo de Estado Sección tercera. Sentencia de fecha 5 de julio de dos mil seis 2006 radicación número: 25000-23-26-000-1999-00482-01(21051))

⁴⁸En este sentido no sobra advertir que muchas providencias que le atribuyen efectos retroactivos a las nulidades no mencionan esta distinción de manera explícita, sino que parten del supuesto invariable (como de un “principio universal del derecho”) de que los efectos de las nulidades son *ex tunc*. Solo por referenciar algunas en donde explícitamente se sostiene la diferencia entre nulidad e inexecutable: Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de abril de 1951, Exp. 19510412; Sección Quinta, sentencia del 4 de diciembre de 1995, Exp. 1208-1222; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de febrero de 2006, Exp. 25000232500020010840001 (0333-05); Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 4 de mayo de 2006, Exp. 25000232500020010952801(0830-05); Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 de mayo de 2006, Exp. 25000232500020010955301 (1529-05); Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, Exp. 25000232600019990048201 (21051); Sección Tercera, sentencia del 27 de septiembre de 2006, Exp. 11001032600020000840201 (18402); Sección Primera, sentencia del 21 de mayo de 2009, Exp. 25000232700020030011901. Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2011, Exp. 68001231500020009117702 (1385-10); Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2011, Exp. 50001233100020031005802 (1177-09); Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de mayo de 2011, Exp. 68001231500020000154502 (1837-10); Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de julio de 2012, Exp. 11001032500020090013500 (1948-2009); Sección Quinta, sentencia del 18 de octubre de 2012, Exp. 11001032800020100001400.

⁴⁹ La aclaración de voto de la sentencia del 4 de junio de 2009 que fija efectos *ex nunc* a la nulidad de actos administrativos generales, señala esta misma conclusión: la jurisprudencia ha sostenido que las figuras de la inconstitucionalidad y la nulidad no se pueden equiparar y por tanto no es procedente fijarles por esta vía los efectos *ex nunc* a dichas sentencias. Refiere entre los siguientes pronunciamientos en ese sentido: Auto de 10 de mayo de 1974, la Sección Primera del Consejo de Estado Sentencias de la Sección Cuarta de fecha 18 de junio expediente 9414, 3 de septiembre de 1999, expedientes 9501; de 13 de diciembre de 1993, exp 4508 y de la Sala Plena Contenciosa de 1 de julio de 1992, exp. S-234.

El comportamiento jurisprudencial con relación al punto, puede graficarse de la siguiente manera, siguiendo la metodología de López Medina (2006, p. 142):



Vale la pena realizar dos consideraciones. La primera tiene que ver con la sentencia del año 2008 ubicada en el intermedio de los dos extremos (*ex tunc* – *ex nunc*) que en efecto contiene una modulación de los efectos de la nulidad que declara. Se trata de la demanda de los actos administrativos de contenido general de convocatoria al concurso de méritos para la provisión de cargos en la rama judicial expedidos en el año 2003. La sentencia apartándose de los tradicionales efectos *ex tunc* de las nulidades hace un análisis de la consecuencia que tendría la declaratoria de nulidad con efectos retroactivos y modula la decisión, disponiendo en lugar de la norma derogada, una nueva regla a ser aplicada en el proceso de concurso:

En lo que concierne con el tercer aspecto, en cuanto a cómo se modula en este caso la decisión de nulidad, precisamos, que la declaratoria de nulidad del inciso acusado,

habrá de modularse en sus efectos, tomando en cuenta el precedente normativo de la propia acción de la Administración, de manera que sirva como referencia racional para purgar la ilegalidad, a fin de que la purga reemplace el efecto tradicional *ex tunc* de las decisiones de nulidad, por el precedente administrativo. En consecuencia se declarará la nulidad de la norma demandada, pero atando los efectos de esa declaratoria de nulidad a una consecuencia reparatoria del orden jurídico, que consiste en habilitar el 30% estipulado sobre la base del número de vacantes por proveer, lo cual consecuencializa que la Administración sumará al 30% de aspirantes que convocó, el número de vacantes por proveer.

Es interesante de la sentencia, aunque no profundiza en el punto, las argumentaciones y justificaciones que incorpora para darle ese particular alcance a la nulidad que decreta:

En lo que tiene que ver con el segundo punto, en el sentido de por qué se debe modular la nulidad evidenciada, se advierte que, la modulación se hace necesaria en este caso, porque de no producirse dicha modulación; de una parte, podrían verse afectadas las situaciones jurídicas consolidadas de carácter individual y de otra parte, se podrían afectar intereses de la Administración, que están ligados íntimamente al interés general, en cuanto que implicaría la creación de una carga onerosa, inútil e irracional.

El juez aquí asume la responsabilidad de salvaguardar el orden jurídico y de proteger derechos y no se contenta con detectar el vicio en el acto y declarar su nulidad, sino que hace una evaluación de las consecuencias negativas que puede llegar a tener ello para la administración y para los particulares y modula los efectos de la sentencia para contrarrestarlas, apartándose de la forma tradicional *ex tunc* o *ex nunc* de las nulidades.

En segundo lugar, quisiera llamar la atención sobre las reflexiones que ya se hicieron en torno a los actos administrativos generales, entre los cuales estarán con diverso grado de generalidad y abstracción los que regulan, los que reglamentan y los que disponen lo necesario para el funcionamiento adecuado de cada entidad del Estado. Teniendo en cuenta esta circunstancia, la asimilación entre ley y acto general merece al menos un análisis en cada caso en este sentido.

Creemos adicionalmente que no es necesario realizar una asimilación en sentido material del acto administrativo general con la ley, solo con el objetivo de darle los efectos a la sentencia. No consideramos apropiado tratar de encajar estas disímiles normas en una sola categoría con el único objetivo de trasladar los efectos de una frente a otra. Esta operación resulta innecesaria si se entiende que es posible dar efectos *ex nunc* a las nulidades de los actos administrativos de carácter general, siempre que del análisis del caso se desprenda que es la mejor manera de favorecer los principios que orientan el control de legalidad y de que el juez cumpla con las obligaciones legales y constitucionales a su cargo.

Por último, como se verá enseguida, los efectos de las sentencias frente a los derechos de los particulares, tienen como límite positivo o negativo las situaciones jurídicas consolidadas; por lo que el análisis se debe centrar más bien en cuáles son estas situaciones que quedarán intangibles con la declaratoria de nulidad, sea que opere al pasado y no pueda modificarlas, o sea que la sentencia se aplique hacia el futuro a todas las situaciones que están en curso.

4.3. Las situaciones jurídicas consolidadas como límite para determinar el alcance temporal de las sentencias

Para completar el estudio del tema propuesto, es indispensable un análisis de lo que la jurisprudencia ha entendido por situación jurídica consolidada, en cuanto ha sido este concepto el que ha determinado el alcance temporal *ex nunc* o *ex tunc* de las nulidades de los actos administrativos. Así, la excepción a los efectos retroactivos a la nulidad son las situaciones jurídicas consolidadas y a su vez, el respeto por las situaciones jurídicas consolidadas determina que los efectos sean a futuro por la necesidad de que se respeten, materializando el principio de la seguridad jurídica⁵⁰. Ospina (2013) lo expresa así:

Cuando el Consejo de Estado afirma que los efectos son retroactivos toma en consideración que se constata el vicio desde su origen, aunque se respetan los derechos adquiridos. Cuando el Consejo de Estado afirma que los efectos son a futuro, lo explica por el respeto de los derechos adquiridos. Es decir que en uno y

⁵⁰ En el anexo de análisis jurisprudencial se muestra que los efectos retroactivos o irretroactivos están limitados por el concepto de situación jurídica consolidada.

otro caso la decisión de nulidad no afecta las situaciones que ya no pueden ser discutidas administrativa o judicialmente y, por lo tanto, se trata de situaciones jurídicas consolidadas. (p. 433)

Por ejemplo, la sentencia del 31 de mayo de 1994, Sección Segunda, Consejera Ponente Dolly Pedraza de Arenas, considera el respeto de las *situaciones jurídicas consolidadas* al momento de determinar el efecto de la anulación:

En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos *erga omnes*, pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya se encontraban consolidadas.

Y a su vez, también se encuentran sentencias que invocando la situación jurídica consolidada, establecen que los efectos de la nulidad son *ex tunc* salvo situaciones jurídicas no consolidadas, como la sentencia del 24 de marzo de 2000 (Exp. 9551):

Sobre los efectos de los fallos de nulidad ha sido abundante la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son *ex- tunc*, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se retrotraen al estado en que se

encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome (expediente No 4614 del 21 de enero de 1994).

La situación jurídica consolidada entonces, empieza a ser el factor determinante para que el juez establezca realmente cuál es el alcance temporal de su fallo, de manera que corresponderá en cada caso estudiar si se está en presencia o no de este tipo de situaciones.⁵¹

En realidad cuando se introduce este criterio para establecer la validez temporal de las sentencias, los efectos no son retroactivos, pues la retroactividad implica afectar una situación ya consolidada, variar lo que ya está establecido o cumplido con una nueva regla. Si se regula lo no consolidado ello es un típico caso de retrospectividad o aplicación inmediata de la regla a las situaciones en curso, es decir a las situaciones que no estén consolidadas.⁵²

⁵¹ Por ejemplo, en la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, del 13 de diciembre de 2011, Consejera Ponente Carmen teresa Ortiz de Rodríguez, se manifestó que “En estas circunstancias se hacen extensivos los efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro de la sentencia (...) mencionada, toda vez que (...) las situaciones producidas al amparo del acto declarado nulo no estaban consolidadas, porque estaban pendiente de decisión en la jurisdicción contenciosa.

⁵² Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 31 de mayo 2012, C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás: (...) cuando determinada situación jurídica aún no está consolidada, es claro que no se puede resolver con fundamento en normas declaradas inexecutable o nulas, pues, en ese evento, lo que ocurre es que, simplemente, el caso se resuelve con las normas que sean aplicables y que se encuentren vigentes. Por eso, no es que la sentencia se aplique de manera retroactiva a la situación jurídica no consolidada, sino que se aplica de manera inmediata en el sentido de dejar de aplicar la norma declarada nula.

La importancia de estos efectos está entonces en la definición del momento en el cual la situación se consolida, pues será este el que marque los límites de aplicación de la sentencia. Al respecto, en la jurisprudencia puede encontrarse que el principal criterio para establecer que una situación no está consolidada es cuando ella puede ser objeto de controversia administrativa o judicial.

Valga decir, que la firmeza de los actos como condición para consolidar una situación debe operar para determinar los efectos de las nulidades de aquellos actos de gravamen, que han impuesto una obligación a cargo del particular y por tanto su anulación, representará la posibilidad al particular de exigir lo pagado o lo realizado en vigencia del acto (restablecer el derecho).⁵³

Especialmente la sección cuarta del Consejo de Estado, ha generado pautas sobre este punto por la necesidad de rigor en el tema tributario. Así, la tesis se concreta en que la situación jurídica consolidada se produce cuando no es posible el debate ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso administrativo, es decir cuando la situación está en firme y sobre ella no puede recaer ningún tipo de impugnación ni administrativa ni judicial⁵⁴.

⁵³ Esta conclusión se extrae del análisis de las clasificaciones de acto administrativo que se han hecho en este trabajo. En lo que respecta a la jurisprudencia, no se encontró una mención de la importancia de la clase de acto (favorable o de gravamen) frente a la consolidación de la situación jurídica.

⁵⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 16 de julio de 2005 (Exp. 25000232700020010093801 (14311)). Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

Esta tesis adopta los plazos de caducidad de la acción, como punto de partida para consolidar la situación, de suerte que si al momento de declararse la nulidad del acto administrativo, las situaciones concretas que hubieren surgido con base en él pueden reclamarse aún, es decir se encuentran dentro de los plazos establecidos para iniciar un reclamo ante las autoridades administrativas o ante el juez, o se encontraren estas en trámite, no se puede reputar de dicha situación una firmeza y por tanto la nulidad la afecta positiva o negativamente:

De los antecedentes se deduce que si bien cuando se realizó la inscripción del documento y se canceló el impuesto, existía la obligación tributaria y estaba revestida de la presunción de legalidad, dados los efectos *ex tunc* de la sentencia que declaró la nulidad de la disposición que establecía el impuesto de registro para esta clase de actos, se desvirtuó la presunción de legalidad y el pago se convirtió en un pago de lo no debido que debe ser reintegrado siempre y cuando la situación no se haya consolidado, aspecto que analizará la Sala a continuación. De acuerdo con los artículos 850 y 854 *ibídem* los contribuyentes tienen un plazo de dos años contados a partir de la declaración del tributo para solicitar la devolución del pago en exceso o pago de lo no debido. Por consiguiente mientras dicho término no esté vencido la situación no está consolidada y procede la solicitud de su reintegro. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 10 de julio de 2003 (Exp. 25000-23-27-000-1999-00840-01 (13196))⁵⁵

⁵⁵ En el mismo sentido y entre otras sentencias: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 5 de 2003. Rad. No.11001-03-27-000-2001-0243-01(12248). C.P.: María Inés Ortiz Barbosa; CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de octubre 27 de 2005. Rad. No. 76001-23-31-000-2001-04379-01(15270). C.P.: Héctor J. Romero Díaz; CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 5 de 2006. Rad. No. 25000-23-26-000-1999-00482-01(21051). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de agosto 31 de 2006. Rad. No. 76001-23-31-000-2003-

Esta posición, se fundamenta principalmente en dos argumentos: en la necesidad de que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a controversia jurídica y además en la distinción entre la pérdida de fuerza ejecutoria del acto y la invalidez del mismo (eficacia y validez), que lleva a concluir que la decisión de nulidad del acto general no genera automáticamente la nulidad de los actos particulares expedidos bajo su amparo, sino solamente a su pérdida de fuerza ejecutoria. Como lo afirma el Consejo de Estado:

En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta de que “la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado”. De consiguiente, si “se han vencido los plazos para su impugnación con anterioridad a la fecha del fallo, pues éste no tiene como consecuencia revivir términos que otras disposiciones consagran para su discusión administrativa o jurisdiccional o para que

02814-01(15577). C.P.: Héctor J. Romero Díaz, (CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de octubre 7 de 2010. Rad. No. 47001-23-31-000-2001-01188-01(17573). C.P.: Martha Teresa Briceño de Valencia)

el acto quede en firme”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006 (Exp. 25000-23-26-000-1999-00482-01 (21051))

Además de la caducidad de las acciones administrativas y judiciales como un primer parámetro para establecer cuándo una situación se ha consolidado, se encuentra dentro de las sentencias analizadas, otro momento a partir del cual se ha entendido consolidada la situación, correspondiente a la prescripción de las acciones ejecutivas contenida en el artículo 2536 del Código Civil:

Así, la jurisprudencia de esta Sección ha sido unánime en afirmar que si con la solicitud de devolución no se pretende establecer un mayor saldo a favor sino probar la inexistencia legal para realizar un pago, el trámite pertinente no es el previsto en los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario, que limitan la petición de devolución a dos años, sino que por expresa disposición de los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997 las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso o de lo no debido deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil, esto es, en el término de cinco años, contados a partir del pago efectivo. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 30 de septiembre de 2013 (Exp. 20173))

En igual sentido dejó planteado el tema la siguiente sentencia:

La devolución del pago de lo no debido no se encuentra prevista de manera especial por la norma aduanera, por lo que se rige por los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997. Así las cosas, el demandante contaba con diez (10) años para solicitar la devolución del pago de lo no debido, que era el término vigente al tiempo de la solicitud de devolución, para la prescripción de la acción ejecutiva que establecía el artículo 2536 del Código Civil. Lo anterior, teniendo en cuenta que, como lo ha dicho la Sala, mientras el término para solicitar la devolución no esté vencido, no existe situación jurídica consolidada y procede la solicitud de reintegro.” (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 3 de marzo de 2011 (Exp. 47001-23-31-000-2001-01193-01 (17741))

La fundamentación de este momento para consolidar la situación va por el mismo camino del anterior criterio, sin embargo, vincula en materia tributaria el concepto de pago de lo no debido calificando como tales aquellos realizados en vigencia de un acto administrativo que fue declarado posteriormente nulo. Por demás, esta argumentación no resiste una confrontación sobre los elementos de la institución del pago de lo no debido⁵⁶.

Una tercera posición sobre el momento desde el cual los afectados con la declaratoria de nulidad de un acto administrativo tienen la posibilidad de solicitar que se reintegren o reconozcan sus derechos, está dada por la tesis de que es a partir de la expedición de la sentencia de anulación

⁵⁶ Sobre el pago de lo no debido, AGUILAR LOZANO, H.F. (2010).

cuando se genera la posibilidad de demandar y por ende, solo a partir de ese momento se empiezan a contarán los plazos legales para reclamar el derecho:

Con fundamento en lo anterior, de una parte se observa que, sólo a partir de la expedición de las sentencias precitadas y como consecuencia de los efectos *ex tunc* de las mismas, la P. Actora quedó habilitada para reclamar ante la Jurisdicción Contenciosa la prima de actualización, toda vez que antes de la anulación de tales actos, éstos gozaban de la presunción de legalidad y, por lo tanto, no era posible obtener el reconocimiento y pago de la prima de actualización. Y, de la otra, que ese reconocimiento, para los oficiales en situación de retiro (como el caso del actor) nació a la vida jurídica el 1º de enero de 1992. (Consejo de Estado, Sección segunda – Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2001 (Exp. 73001-23-31-000-1998-1074-01(1141-00))

Bajo esta tesis, se decide igualmente que no hay lugar a aplicar la prescripción de las prestaciones dejadas de pagar, por cuanto esta figura es una sanción a la inactividad de un derecho, que no es aplicable a los casos estudiados porque ese derecho de reclamar lo dejado de recibir por el acto administrativo declarado nulo, solo nació a partir del día de expedición de la correspondiente sentencia de nulidad sobre los Decretos 025/93 y 065/94 que negaban el reconocimiento de una prima de actualización a los integrantes en retiro de las fuerzas militares:

(...) No resulta razonable aplicar la prescripción cuatrienal a tales peticiones porque esta figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento y ninguno de estos factores se da en el presente caso (...) En conclusión, no puede predicarse la prescripción extintiva del derecho demandado cuando la misma disposición legal impedía su exigibilidad. (Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, sentencia de junio 21 de 2001 (Exp. 25000-23-25-000-1998-3184-01(3824-00))⁵⁷)

Esta posición entonces establece que es solamente desde el momento de la declaratoria de nulidad, a partir del cual se inicia la oportunidad para reclamar los derechos que se otorgan con la retroactividad de la sentencia anulatoria. Todo en virtud a que con antelación del pronunciamiento judicial no era posible que el particular hubiese iniciado cualquier acción, pues la misma norma declarada nula, lo impedía.

Tratándose entonces de prestaciones periódicas, las cuales surgieron como derecho a partir de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, el Consejo de Estado en esa oportunidad decidió que no operaba la prescripción de 4 años señalada por la ley, en virtud a que los

⁵⁷ Esta posición finalmente se unificó en la sentencia de la sección segunda de fecha 6 de septiembre de 2001, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. Otros pronunciamientos posteriores resueltos conforme esta posición se encuentran en las sentencias todas de la misma sección, del 16 de noviembre de 2006, expediente 7978; 7 de julio de 2007, expediente 0523-07; 10 de mayo de 2007, expediente 2295-06, 19 de abril de 2007, expediente 2344-06.

particulares solo pudieron haber demandado desde el día de expedida la sentencia, pues antes no era posible porque la misma norma anulada se los impedía.

Con ello se unificó la jurisprudencia sobre el particular, pues durante un periodo hubo sentencias contradictorias que aplicaban los términos de prescripción para limitar el derecho a reclamar de los particulares⁵⁸, generando una abierta desigualdad e inseguridad jurídica.

Esta postura gravita en torno al argumento de que es imposible aplicar la prescripción para reclamar prestaciones periódicas, pues siendo una sanción a la persona que teniendo un derecho no lo ejerció dentro de los plazos que la ley le otorga, supone entonces la evidencia de la exigibilidad y la inactividad injustificada del titular del derecho, cosas que no ocurren en estos casos.

Por demás, esta postura es una muestra de la aplicación retroactiva de los efectos de una sentencia de nulidad, que en estos precisos casos sí es indispensable para la garantía de un verdadero restablecimiento del derecho del particular. La fundamentación debe ser entonces la protección de los derechos de los particulares que han obrado de buena fe y que no pueden cargar

⁵⁸ Así lo demuestra, la sentencia proferida por la misma sección segunda del Consejo de Estado el 7 de septiembre de 2000, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, que señaló en un caso planteado frente a los efectos de la nulidad de los mismos actos administrativos generales, (Decretos 025/93 y 065/94 que negaban el reconocimiento de una prima de actualización a los integrantes en retiro de las fuerzas militares) que sí había lugar a la prescripción de 4 años que señalaba la ley para poder reclamar las prestaciones periódicas a las que tenía derecho el particular, en virtud a que este término se empezaba a contar, no desde la expedición de la sentencia anulatoria, sino desde la expedición de los decretos declarados nulos.

con las consecuencias de los actos ilegales; más allá de consideraciones sobre la seguridad jurídica o las repercusiones fiscales que implican el reconocimiento de derechos.⁵⁹

Por su parte, en los dos primeros criterios pueden existir materialmente desigualdades e injusticias en virtud a que se traza una limitante en el tiempo para poder reivindicar las injustas cargas asumidas en vigencia del acto declarado nulo; se quedarán por fuera situaciones en las que a pesar también de la buena fe y de la confianza del administrado, se niega su derecho por una cuestión ajena a su debido comportamiento: el paso del tiempo. En estas situaciones lo que se enfrenta en realidad son los principios de seguridad jurídica con la justicia material, la igualdad y la confianza legítima. La pregunta es si al momento de sacrificar estos valiosos derechos en pro de privilegiar el principio de seguridad jurídica (como ocurre por ejemplo en los casos en que se adoptan los plazos de caducidad para limitar el derecho a reclamar) la justificación formal del apego a un determinado efecto de las sentencias y las referencias normativas que así lo pueden justificar resulta suficiente; o si más bien, es necesaria una sentencia más transparente en cuanto a sus argumentos que indique la imposibilidad o inconveniencia de retrotraer unos efectos que a la postre van a perjudicar el interés general por la onerosidad o las consecuencias gravosas para la sociedad en general.

Considero que en el caso específico de estos afectados, sería más satisfactorio encontrar justificaciones y argumentos reales que respalden la decisión. Como lo afirma García de Enterría (Citado por Caamaño, 1997, p. 173) al opinar sobre una sentencia del Tribunal Constitucional

⁵⁹ Como se expondrá en la elaboración de los posibles criterios que debe tener en cuenta el juez al momento de fijar el alcance de la nulidad, esta retroactividad se justifica en la medida en que el acto anulado es un acto de gravamen y por tanto su invalidez

español que declaró la inexecutable de una norma tributaria con efectos diferidos (eficacia prospectiva), que el Tribunal hubiera renunciado a buscar un apoyo normativo explícito a su tesis, y remitirse, siguiendo la fórmula del Tribunal Superior americano, a una estimación ponderada, según las circunstancias de cada caso, de las consecuencias indeseables de la retroactividad.

En efecto, en el derecho norteamericano, la solución para determinar la retroactividad o no de las nulidades de las normas se resuelve atendiendo a las circunstancias de cada caso, obligando al juez a evaluar los propósitos que las nuevas pautas persiguen y el efecto que la aplicación retroactiva tendría sobre la administración (Mairal, 1984, p. 861).

Veremos entonces cómo empoderar al juez para comprometer su labor con la materialización de las finalidades estatales en una democracia, otorgándole la posibilidad de modular los efectos de sus decisiones.

5. LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA FIJACIÓN DE LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS DE NULIDAD

5.1. La Modulación como solución

Al esbozar lo que realmente significa el control de legalidad como un control además de legitimidad, dejamos sentadas las bases para concluir que el rol que en antaño desempeñaba el juez administrativo ha variado significativamente; hoy se erige como un juez con los poderes necesarios para hacer que sus fallos sean eficaces, de suerte que materialicen los objetivos que está obligado a cumplir. Hoy, no es posible seguir hablando de la improcedencia de efectivizar derecho por la limitación a un mero pronunciamiento abstracto, lógico formal de legalidad del acto administrativo. La importancia de este nuevo rol del juez, la advierte García de Enterría (2000):

Un <<sometimiento pleno a la Ley y al Derecho>> no puede tener sentido alguno si no implicase una sumisión plena al juez, que es el elemento indispensable para que cualquier Derecho pueda ser eficaz. Sería incomprensible interpretar que la Ley y el Derecho, que someten plenamente a la Administración, tuvieran para ésta, no obstante, un mero valor indicativo, el de una recomendación o admonición moral que sus órganos democráticos pudiesen luego seguir o no, o seguir en una medida mayor o menor, según su buen e ilustre arbitrio. (p. 127)

Es esa necesidad de garantizar y proteger de forma real y material los derechos del ciudadano, lo que ha justificado la presencia de un juez de lo contencioso administrativo dotado de un arsenal completo de poderes en su jurisdicción para hacer efectivos los requerimientos hechos por los ciudadanos.

Así, al variar la forma en que se concebían los medios de control de la jurisdicción especializada, es decir, como meros instrumentos garantes de la legalidad, se origina un verdadero cambio de paradigma en el cual se ubica al juez como elemento fundamental en el esquema estatal constitucional.

El uso de estos medios de control hace tránsito de un simple pronunciamiento abstracto de la nulidad del acto administrativo a la extracción de un verdadero derecho por arte del ciudadano recurrente. Ciertamente, la justicia administrativa ha cambiado y se ha transformado en una justicia plenaria, no limitada a simples declaraciones oficiosas, abstractas o teóricas (García de Enterría, 2007).

Ahora bien, la transformación que ha sufrido la justicia administrativa, implica que el juez adquiera un estatus diferente, toda vez es él quien efectivamente va a ser el responsable de materializar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos. Conviene preguntarse ¿qué

sentido tiene que el juez corrobore la ilegalidad de un acto de la administración y así lo declare, si tal decisión no tiene efectos prácticos para el ciudadano o para la comunidad?

Bajo este esquema, los poderes del juez se ven legitimados por el cumplimiento de mandatos superiores; uno de estos poderes, sin duda lo constituye la posibilidad de modular sus sentencias. La técnica de la modulación, desarrollada sistemáticamente a partir del control de constitucionalidad de las leyes, permite que en el ejercicio de la judicatura exista un pronunciamiento diferente o intermedio a la declaración de validez de las normas (Constitucionalidad o nulidad) y permite por tanto fijar un alcance más allá de la constitucionalidad o legalidad de una norma, en cuanto i) al contenido y ii) en el tiempo. La modulación del contenido de las sentencias, tiene múltiples manifestaciones,⁶⁰ siendo una de las aplicaciones más comunes las sentencias interpretativas, que fijan una o varias interpretaciones permitidas de la norma sujeta a control o bien, prohíben una o varias interpretaciones ilegales posibles de la misma.

En cuanto al tiempo, la modulación consistirá en fijar el alcance temporal de la sentencias, es decir, decidir desde cuándo es obligatoria y qué situaciones pasadas o futuras cobija la regla contenida en ella. La importancia de este tipo de modulación es total, pues en realidad es

⁶⁰ En el ejercicio de Control Constitucional de las leyes, la Corte Constitucional colombiana, ha justificado la posibilidad de que el juez constitucional pueda proferir sentencias moduladas, con múltiples variedades, construyendo una línea jurisprudencial sistemática que desarrolla y justifica este papel activo del juez dentro del constitucionalismo. En cuanto al contenido, las formas de modular se circunscriben básicamente a las sentencias interpretativas y a las sentencias integradoras que a su vez pueden ser aditivas o sustitutivas. Entre muchas, pueden consultarse al respecto las siguientes sentencias: C-496 de 1994, C-109 de 1995, C-273 de 1999, 273 de 1999 y C-805 de 2001.

mediante este instrumento que el juez puede dotar de eficacia a sus sentencias y hacerse responsable del después de su decisión. Esta última cuestión, que en términos de Morand – Deviller (2010), constituye una evolución del papel judicial, que se enmarca en la protección de los valores y derechos a los que insistentemente se ha hecho referencia:

La evolución actual tiende a hacer el juez *responsable del “después de la sentencia” (l’après jugement)*...al confiarle el cuidado de identificar las “medidas necesariamente implicadas” por la decisión contenciosa. Tres objetivos son perseguidos y se cruzan: facilitar la ejecución de la decisión, evitar la desestabilización de las situaciones jurídicas, servir al interés general. (p. 790)

Así las cosas, consideramos que no es posible hoy seguir exigiendo una autorización legal expresa para permitirle al juez contencioso administrativo modular los efectos de sus sentencias. Ya mencionábamos que la Constitución le ordena como autoridad estatal velar por el cumplimiento de sus mandatos especialmente por la protección de los derechos fundamentales; y así mismo la ley fija como objetivo de su labor en igual sentido, la efectividad de los derechos reconocidos por la ley y por la Constitución y la preservación del orden jurídico. Para ello, debe necesariamente dotar de eficacia sus pronunciamientos.

No pueden seguir siendo de recibo por ejemplo, argumentos que evaden esta responsabilidad del juez, so pretexto de una sumisión lógico - formal a los preceptos legales, trasladando a otras

autoridades la fijación de los alcances de las sentencias, como ha ocurrido en algunas sentencias de nulidad electoral específicamente, que ya fueron referenciadas en la presentación de las líneas jurisprudenciales

Por otra parte, no se trata de que en cada caso el juez pueda hacer uso de sus facultades para caprichosamente modular los efectos de su sentencia. Es necesario que se construyan unos criterios desde la misma jurisprudencia a los cuáles el juez pueda sujetarse; unos criterios estables y razonables que le permitan desarrollar en debida forma su misión.

Corresponde a la jurisprudencia seguir trazando esos criterios, atendiendo no solamente la posibilidad de materializar el principio de la seguridad jurídica, sino y con mayor énfasis, los tantas veces de preservación del orden jurídico y protección de derechos, que constituyen el objeto de su jurisdicción

A continuación dejaremos planteados unos criterios que consideramos pueden ser útiles al momento de ejercer con responsabilidad la labor judicial en lo contencioso administrativo.

5.2. Viabilidad de los criterios bajo los cuales pueden modularse los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad de los actos administrativos

5.2.1. La clase de acto que se examina: acto administrativo general no es siempre normativo

Como quedó revisado este es uno de los criterios utilizados actualmente por la sección cuarta del Consejo de Estado para fijar el alcance de las nulidades. Si se trata de un acto de carácter general la nulidad será hacia el futuro *ex nunc*, por el contrario, si es un acto de contenido particular y concreto, sus efectos serán retroactivos o *ex tunc*. Todo matizado con la idea de respeto por las situaciones jurídicas consolidadas, de las cuales también ya nos ocupamos.

Este criterio merece varias observaciones: la primera es que su motivación lógica formal tiene sentido siempre y cuando estemos en presencia de un acto administrativo general verdaderamente normativo que sea equiparable a la ley. Ya quedó visto que dentro de la tipología de acto administrativo general están presentes una variedad de manifestaciones normativas con diversos grados de generalidad y abstracción que obliguen a una evaluación sobre la naturaleza del acto, antes de que pueda convertirse en una regla general aplicable.

Lo segundo está relacionado con el riesgo que se corre al establecer este tipo de reglas. Digamos, cuando la administración en contravía abierta de mandatos constitucionales y legales claros o de jurisprudencia reiterada o unificada, establezca mediante un acto administrativo general un

contenido que no le esté permitido. En el caso por ejemplo de la creación de impuestos sin base legal a través de un acto administrativo general. Si aplicamos la regla de los efectos *ex nunc* para cuando se anule este evidente acto ilegal, tendríamos un resultado paradójico: El acto administrativo es nulo pues crea un impuesto o tributo, facultad que está reservada exclusivamente a la ley y como se trata de un acto que no es ley, hay falta absoluta de competencia; sin embargo, los efectos de este fallo serán hacia el futuro, *ex nunc* en virtud de que el acto administrativo general puede mandar, prohibir y permitir de manera general como una ley. Los resultados serán para el particular, una trasgresión a sus derechos fundamentales y de manera impune quedará sin consecuencias la actuación de la administración.

Con todo, este criterio nos resulta insuficiente para generar una regla que pueda ser aplicada por el juez de manera general. Creemos más bien que para otorgar cualquier efecto a las sentencias se debe atender más bien a la clasificación de acto administrativo de gravamen o acto administrativo favorable.

5.2.2. Acto administrativo de gravamen

En esta hipótesis se debaten por ejemplo los efectos en el tiempo de la nulidad de un acto administrativo general que concretó situaciones gravosas para los asociados. Es necesario establecer qué situaciones particulares cobija dicha decisión anulatoria.

Como regla general, considero que los efectos de este acto deben ser *ex tunc*, es decir, retroactivos.

En estos casos, la administración ha obrado ilegalmente y no es posible consolidar una determinada situación al particular, sobre la base de una ilegalidad que no ha corrido por su cuenta y que además beneficiará a la administración en detrimento de principios valiosos como el derecho a la igualdad, la justicia material y la buena fe.

La seguridad jurídica más que salvaguardarse con unos términos preclusivos, se logra aquí con la validación del principio de igualdad, ante la posibilidad de que todos los afectados con el gravamen del acto declarado nulo, puedan ejercer sus derechos a reclamar lo injustamente pagado o exigido y no solamente aquellos que más recientemente se encuentran en la situación gravosa y aún por arte de la suerte están dentro de los términos de caducidad o prescripción según el caso.

Por ello, los efectos aquí deben ser *ex tunc*, es decir, retroactivos, al punto de restablecer todas las situaciones particulares derivadas del acto general, como si este nunca hubiere existido.

De nuevo, no parece una regla aplicable en el control de nulidad de los actos administrativos, que se fije un alcance de los fallos atendiendo a criterios de protección del interés general, para por ejemplo, disminuir la reparación del daño al particular por razones de capacidad del Estado para indemnizar. En estas cuestiones debe primar el principio de que nadie está obligado a soportar una carga impuesta por un acto declarado ilegal y por tanto a soportar los daños por este causados.

5.2.3. Acto administrativo favorable

En esta hipótesis, el acto administrativo general que se anula contiene disposiciones que pudieron haber concretado en los particulares un derecho o una garantía mientras estuvo vigente. Aquí, la regla general debe ser que los efectos serán hacia el futuro o *ex nunc*, respetando todos aquellos derechos que se consolidaron en vigencia del acto en cabeza del particular e incluyendo por supuesto la consideración al principio de la confianza legítima.

Será importante entonces que el juez realice una evaluación particularizada de los casos y determine la existencia de un derecho adquirido que por obvias razones debe respetarse y además de ello, si debe proteger el principio de la confianza legítima de los particulares, pues está de por medio una actuación de la administración que pudo generar una expectativa de que la esfera de sus derechos se ampliaría.

Muñoz (2006) recapitula acertadamente las exigencias para valorar y proteger la confianza legítima:

Son elementos claves de la estructura del principio de confianza legítima los siguientes: primero, tiene que producirse la frustración de una expectativa derivada de una situación de confianza creada por la conducta o el comportamiento de los poderes públicos (...) Segundo, el ciudadano tiene que manifestar de alguna manera que ha confiado en la situación establecida. No basta con afirmar que de lo actuado

por los poderes públicos pudo derivarse la convicción en la estabilidad de la situación, sino que el ciudadano tiene que haber actuado en el sentido al que lógicamente le inclinaba la confianza obtenida. Es preciso invertir en la confianza provocada, lo que se notará preferentemente si se han producido actos o manifestaciones expresas que lo confirmen. Tercero, la confianza merecedora de protección tiene que delimitarse considerando, por una parte, las circunstancias de quien reclama, pero por otra, los intereses públicos. Y cuarto, la protección consistirá habitualmente en el mantenimiento del *statu quo*, pero también puede protegerse mediante la adopción de medidas transitorias de adaptación o compensatorias. (p. 198)

Existe una regla expresa en estos casos y es la contenida en el artículo 164 literal c) de la Ley 1437 de 2011, que dispone que la demanda deberá ser presentada en cualquier tiempo cuando “Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.

El legislador limita los efectos que el juez decida darle a su fallo, pues señala que frente a personas de buena fe, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas. Es decir, que frente a la nulidad de actos que reconozcan total o parcialmente prestaciones periódicas no caben los efectos *ex tunc*.

La favorabilidad del acto anulado debe entonces interpretarse como una situación que protege los derechos que bajo un acto declarado nulo se han obtenido. Esta favorabilidad inclusive, en otros sistemas jurídicos ha sido protegida de manera extrema por los jueces. Coviello (2004), recuerda una famosa decisión del Tribunal Supremo de Berlín, en donde al momento de declararse nulo un acto favorable, fue tal la importancia y valía de la confianza legítima del afectado, que se protegió por encima de la preservación misma del ordenamiento jurídico:

A través del pronunciamiento del Tribunal Administrativo Superior de Berlín, del 14/11/1956, se reconoció el derecho de protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la entonces República Democrática Alemana, a quien oficialmente se le había notificado que si se trasladaba a Berlín Occidental tendría derecho a percibir su pensión. Basada en la creencia de la corrección de lo informado por la Administración, la viuda concretó el cambio de radicación, con los gastos que ello significaba, y comenzó a percibir su pensión. Tiempo después se comprobó que no cumplía las condiciones legales, en virtud de la equivocada información que había recibido, por lo que se le exigió que devolviera las sumas indebidamente abonadas. La protección invocada por la viuda tuvo acogida en el tribunal alemán, decisión ésta que fue confirmada por el Tribunal Administrativo Federal el 25/10/1957. Lo más interesante del caso es que se resolvió no sólo que no correspondía la revocación *ex tunc* del acto, sino tampoco *ex nunc*, por lo que la Administración tuvo que continuar pagando la pensión. (p. 37 y ss)

En casos como este la tensión entre los dos propósitos de la jurisdicción es evidente, por un lado la garantía de la eficacia de los derechos de la viuda y por otro el restablecimiento del orden jurídico a través de la invalidación de un acto viciado de nulidad. No es posible dar una fórmula para todos los casos, dependerá de las circunstancias especiales y la forma como aparezca la buena fe y la confianza legítima del asociado.

Casi que con obviedad, precisamos que si se advierte mala fe del particular, los efectos que se deben dar a las sentencias serán *ex tunc*, con el derecho pleno para la administración de recuperar lo pagado al particular.

Merece una mención especial aquí el acto electoral que se anula. Es decir, el acto de elección o designación de un funcionario o dignatario que una vez controlado por la jurisdicción se hace nulo. En estos casos, el medio de control es la nulidad electoral, que no implica el restablecimiento del derecho para ningún particular. La finalidad de la acción electoral es salvaguardar y proteger los derechos democráticos de la sociedad entera, garantizando que el ejercicio del poder público esté a cargo de personas idóneas y habilitadas y que cumplieron con los requisitos objetivos para ser elegidos.

Una vez declarada esta nulidad, no tiene ningún sentido retrotraer las cosas como si el acto no hubiese existido con el fin de restablecer un derecho particular, pues se reitera, el derecho aquí

deja de ser individual y se amplía a la preservación del orden democrático de nuestro Estado. La regla aquí la debe establecer el juez electoral en el caso concreto para cumplir con los objetivos demandados de su papel de garante de la democracia.

5.2.4. Los inconvenientes de la reparación “*in natura*”

En cualquiera de las hipótesis propuestas, es pertinente atender la realidad de las circunstancias y ante la imposibilidad de una reparación *in natura* por aplicación de los efectos *ex tunc* de una sentencia de nulidad, realizar una compensación razonable que permita salvaguardar la eficacia de los derechos de los particulares.

Serán importantes también las reglas del sentido común en cada caso del juez que cualquier directriz a manera general. Como lo afirma Tobo (1999),

La sentencia produce efectos retroactivos, lo cual quiere decir que se entiende que el acto no ha existido jamás. Sin embargo, esta característica no siempre se presenta en forma absoluta, pues en la práctica ocurren situaciones que es imposible desconocer, caso en el cual corresponderá al juez dar directivas a la administración sobre la forma de restablecer la situación anterior a la norma anulada.” (p. 185)

Por otro lado, la problemática planteada indica los inconvenientes de la restitución integral o *restitutio in integrum* que en los términos de Morand (2010):

(...) no está exenta de plantear algunas veces delicados problemas. Ella puede resultar materialmente imposible: anulación de la no autorización de una manifestación muchas años después de la fecha prevista; anulación de una licencia de construcción no obstante que el inmueble está terminado y habitado (¿hay que demolerlo?). Las dificultades se agravan cuando los terceros sufren las consecuencias del restablecimiento del requirente en sus derechos. Es el caso cuando se reconstituye la carrera de los funcionarios”. (p. 788)

La valoración de estos inconvenientes entonces debe girar en torno al papel central del juez en nuestro Estado, considerando como parámetro transversal para cualquier fórmula que adopte, los mandatos de la Constitución y la Ley: garantizar la efectividad de los derechos de los asociados y preservar el orden jurídico.

CONCLUSIONES

Entendiendo la especificidad del derecho administrativo y los fines perseguidos con la actuación de la administración, debemos concluir inicialmente que el acto administrativo como categoría de acto jurídico y con sus atributos de ejecutoriedad, ejecutividad, presunción de legalidad y vocación de permanencia, se diferencia del acto jurídico civil, por tanto, cuestiones como el régimen de las nulidades civiles y los efectos de los actos de invalidez del Código, no pueden ser aplicados por analogía al derecho administrativo. No se puede afirmar por tanto, que la retroactividad de las nulidades es un principio de derecho universal para el derecho administrativo.

Igualmente, es posible afirmar que los efectos de las nulidades de un acto administrativo tampoco pueden hacerse depender de alguna característica lógico formal de la sentencia, como que si es constitutiva de una situación –ex novo- o si es declarativa de una circunstancia que siempre había existido. Esta dependencia, conlleva a suponer de manera automática ficciones como la de que el acto declarado nulo nunca existió, en abierta contravía con la teoría del acto administrativo, sus atributos y elementos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha tratado de construir reglas para dar efectos a sus sentencias. Pese al intento por unificar los criterios en cuanto a que los efectos de las sentencias de nulidad son *ex tunc* o retroactivos, ha tenido periodos en donde ha sostenido lo contrario, es

decir, que tiene efectos *ex nunc*, cuando se trata de actos administrativos de carácter general, por su equivalencia material con la ley (contenido normativo general, abstracto e impersonal).

Estas posturas, merecen al menos dos observaciones, la primera, que dentro de la categoría de acto administrativo general, se encuentra una variada formulación de actos a los que no siempre se les puede aplicar la premisa sobre la que la regla cabalga: los actos administrativos generales son materialmente una ley que ordena, prohíbe o permite con carácter general. Así en Colombia, los actos regulatorios son actos administrativos, al igual que los actos reglamentarios y los actos proferidos por todas las autoridades administrativas para organizar internamente su funcionamiento. No todas estas categorías de normas tienen la misma generalidad, abstracción e impersonalidad, ni tienen la propiedad de la consunción como la ley.

Por otro lado, esta postura insinúa que los efectos de una sentencia se otorgan sobre la base de un dato formal como la estructura de la norma que se examina. Al menos a la luz del objeto de la jurisdicción y de la responsabilidad de los jueces en el cumplimiento de su misión constitucional, esta razón no es suficiente.

Así mismo, el Consejo de Estado, en el entendimiento de que las sentencias de nulidad de actos administrativos de carácter general se aplican hacia el futuro *ex nunc*, ha fijado como límite de esta aplicación las situaciones jurídicas consolidadas, construyendo diversos criterios para

determinar cuándo se configura: al vencimiento del término de caducidad o de prescripción a partir del nacimiento del acto y no de la expedición de la sentencia anulatoria. Esta postura en cuanto hace a los actos administrativos de gravamen, genera una tensión entre principios como la igualdad, la justicia material y la buena fe con el principio de la seguridad jurídica. Y consideramos que es desproporcionado darle mayor relevancia a este último por obra de la aplicación irreflexiva de los efectos *ex nunc*.

Como ya se anotó, en estos casos la administración ha obrado ilegalmente y no es posible consolidar una determinada situación al particular sobre la base de una ilegalidad que no ha corrido por su cuenta y que además beneficiará a la administración.

En cuanto a la nulidad de los actos particulares y concretos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido casi sin rectificación que los efectos son *ex tunc* o retroactivos, en virtud precisamente a que están en juego los derechos de los particulares afectados, los cuales se deben tratar de restablecer al momento de declararse la nulidad de los actos que los fundamentan. Es la protección de los derechos del particular en el caso concreto, vale decir, el restablecimiento del derecho, la idea que funda la retroactividad de las sentencias en estos casos y no la simple creencia de que la condición necesaria de la nulidad es la retroactividad.

Esta última idea, también irreflexiva y sin fundamentos materiales en cuanto a lo que la jurisdicción protege, lleva a que por ejemplo en materia electoral, en donde generalmente no existe un derecho particular a restablecer, se retrotraigan los efectos de las sentencias de nulidad deformándose con ello la finalidad de las normas estatuidas para proteger la democracia misma y desviando completamente el objetivo que se debe perseguir con ellas.

Fijar el alcance temporal que mejor convenga a la sentencia de nulidad, es sin duda la solución para que se puedan dotar de eficacia los fallos y de esta manera cumpla el juez las exigencias a las que está sometido en un Estado social como el nuestro. Para ello es imprescindible entender y aceptar un nuevo rol del juez administrativo, que amplía su labor tradicional de realizar comprobaciones lógico formales de la legalidad de las normas, hasta asumir la responsabilidad de una filosofía constitucional protectora y garantista de derechos. En este papel, puede a través de herramientas hermenéuticas como la modulación, cumplir a cabalidad el objeto específico de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cual es garantizar la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la Ley y preservar el orden jurídico (artículo 103 Ley 1437 de 2011). Además de ello, tratándose del restablecimiento de los derechos del particular, está habilitado legalmente por el artículo 187 inciso 3 de la Ley 1437 de 2011, que le da el poder de estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las acusadas, modificarlas o reformarlas, en otras palabras, modular la sentencia.

Al tener la posibilidad de modular los efectos temporales de sus sentencias, el juez se despoja del inútil deber de aplicar reglas automáticas que llevan a desconocer la existencia de los actos administrativos y al contrario logra asumir con responsabilidad la difícil tarea de conciliar las tensiones que su labor implica: por un lado garantía de eficacia de derechos fundamentales y por otro lado, preservación del orden jurídico.

Por último, es posible la aplicación de criterios o pautas para atribuir determinados efectos a las sentencias, si se atiende al contenido material de lo dispuesto por los actos administrativos (si benefician o perjudican la situación del particular) y la naturaleza propia del control jurisdiccional. Con todo, los criterios nunca agotarán las posibilidades de la realidad, por eso se impone siempre un ejercicio judicial reflexivo y comprometido con su misión constitucional y legal.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Lozano H.F. (2010). *Tratado sobre la teoría del Enriquecimiento injustificado o sin causa de las obligaciones*. Recuperado de: www.eumed.net/libros/2010c/748/ (Consulta efectuada el 6 de abril de 2015)
- Aguirre Pangburn, R. (2009). *Las Sentencias con Efectos Generales*. Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Autónoma de México. UNAM. Recuperado de: [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3021/23.pdf>]. (Consulta efectuada el 6 de abril de 2015)
- Arboleda Perdomo, E.J. (2012). *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: Ley 1437 de 2011*. Bogotá: Legis.
- Benavides, J.L. (2013). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011: Comentado y concordado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bermúdez Soto, Jorge. (2005). *El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria*. Revista de derecho (Valdivia), Vol. XVIII, núm. 2, pp. 83-105. Universidad Austral de Chile Valdivia. Recuperado de: [<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173713783004>]. (Consulta efectuada el 6 de abril de 2015)
- Bielsa, R. (1980). *Derecho Administrativo*. Tomo II. Sexta Ed. Buenos Aires: LA LEY, Sociedad Anónima Editora e Impresora.
- Boquera, J.M. (1988). *Estudios sobre el Acto Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.
- Caamaño Anido, M.A. *Nulidad de la norma tributaria y devolución de ingresos indebidos*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, Nº 1,

1997. Recuperado de: [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=194207>](Revista ISSN 1138-039X). (Consulta efectuada el 6 de abril de 2015)
- Cassagne, J. C. (2009). *Derecho administrativo*. Tomo 1. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Colección internacional No. 17.
- Cassagne, J. C. (2009). *Derecho administrativo*. Tomo 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Colección internacional No. 17
- Castillo Blanco F. A. (2008). *Interpretación y aplicación del ordenamiento positivo. Especial referencia al abuso del derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Cárdenas Mejía J.P. (2011). *El Objeto de la jurisdicción contencioso administrativa*. En Seminario Internacional de Presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. Bogotá: Contraloría General de la República y Consejo de Estado.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de junio de 1915 (Exp. 14-06-15). Consejero Ponente: Adriano Muñoz. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de abril de 1951 (Exp. 19510412). Consejero Ponente: Daniel Anzola Escobar. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 17 de octubre de 1969 (Exp. 1384). Consejero Ponente: Hernando Gómez Mejía. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de noviembre de 1989 (Exp. A-051). Consejero Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 12 de octubre de 1990 (Exp. 1846). Consejera Ponente: Consuelo Sarria Olcos. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 31 de mayo de 1994 (Exp. 7245). Consejera Ponente: Dolly Pedraza de Arenas. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 4 de diciembre de 1995 (Exp. 1208-1222). Consejero Ponente: Amado Gutiérrez Velásquez. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Exp. 9453). Consejero Ponente: Daniel Manrique Guzmán. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000 (Exp. 9551). Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 7 de septiembre de 2000 (Exp. 2664-99). Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 30 de noviembre de 2000 (Exp. 17334). Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 23 de febrero de 2001 (Exp. 76001-23-31-000-2005-02192-01 (17139)). Consejero Ponente: Hugo Fernando Bárcenas Bastidas. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 22 de marzo de 2001 (Exp. 73001-23-31-000-1998-1074-01 (1141-00)). Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 21 de julio de 2001 (Exp. 25000-23-25-000-1998-3184-01 (3824-00)). Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 6 de septiembre de 2001 (Exp. 20001-23-31-000-1999-0671-01 (0328-01)). Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001 (Exp. 2500023240001997236001 (6572)). Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 5 de mayo de 2003 (Exp. 11001-03-27-000-2001-0243-01 (12248)). Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de julio de 2003 (Exp. 25000-23-27-000-1999-00840-01 (13196)). Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 28 de abril de 2005 (Exp. 25000-23-25-000-2000-05923-01 (1121-04)). Consejero Ponente: Jesús María Lemus Bustamante. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 16 de julio de 2005 (Exp. 25000232700020010093801 (14311)). Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 27 de octubre de 2005 (Exp. 76007-23-31-000-2001-04379-01 (15270)). Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Quita. Sentencia del 3 de noviembre de 2005 (Exp. 25000232400020040079601 (3792)). Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buritica. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 16 de febrero de 2006 (Exp. 25000-23-25-000-2001-00359-01 (0359-05)). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 23 de febrero de 2006 (Exp. 25000232500020010840001 (0333-05)). Consejero Ponente: Jaime Moreno García. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 4 de mayo de 2006 (Exp. 25000232500020010952801(0830-05)). Consejero Ponente: Jaime Moreno García.

Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 25 de mayo de 2006 (Exp. 25000232500020010955301 (1529-05)). Consejero Ponente: Jaime Moreno García.

Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 22 de junio de 2006 (Exp. 08001-23-31-000-2004-01427-02 (3952)). Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2006 (Exp. 25000-23-26-000-1999-00482-01 (21051)). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 13 de julio de 2006 (Exp. 6264). Consejero Ponente: Álvaro Lecompte Luna. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 31 de agosto de 2006 (Exp. 76001-23-31-000-2003-02814-01 (15577)). Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 27 de septiembre de 2006 (Exp. 11001032600020000840201 (18402)). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 16 de noviembre de 2006 (Exp. 05001233100020030186901(7978-05)). Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 15 de marzo de 2007 (Exp. 25000-23-25-000-1996-41885-01 (6267-05)). Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2007 (Exp. 63001-23-31-000-2005-01326-01 (2344-06)). Consejero Ponente: Jaime Moreno García. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 10 de mayo de 2007 (Exp. 63001-23-31-000-2005-00426-01 (2295-06)). Consejero Ponente: Jaime Moreno García. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 7 de julio de 2007 (Exp. 25000-23-25-000-2005-04224-01 (0523-07)). Consejero Ponente: Jaime Moreno García. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 7 de agosto de 2007 (Exp. 70001-23-31-000-1996-03070-01 (16016)). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2008 (Exp. 05001-23-31-000-1995-00424-01). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 22 de mayo de 2008 (Exp. 11001-03-28-000-2007-00035-00). Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2008 (Exp. 11001032500020070005800(1185-07)). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 21 de mayo de 2009 (Exp. 25000232700020030011901). Consejero Ponente: Rafael Ostau De Lafont Pianeta. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 4 de junio de 2009 (Exp. 08001233100020020064001(16085)). Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 4 de junio de 2009 (Exp. 0800123310002002 0097501 (16086)). Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009 (Exp. 2001-0037-01 (20691)). Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 4 de marzo de 2010 (Exp. 11001-03-25-000-2003-00360-01). Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 16 de septiembre de 2010 (Exp. 25000-23-27-000-2005-00279-01 (16772)). Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 7 de octubre de 2010 (Exp. 47001-23-31-000-2001-01188-01 (17573)). Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 27 de enero de 2011 (Exp. 11001-03-28-000-2010-00015-00). Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de febrero de 2011 (Exp. 11001-03-27-000-2007-00040-01). Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 23 de febrero de 2011 (Exp. 76001-23-31-000-2005-02192-01 (17139)). Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 3 de marzo de 2011 (Exp. 47001-23-31-000-2001-01193-01 (17741)). Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 10 de marzo de 2011 (Exp. 11001-03-26-000-1997-13857-00). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 17 de marzo de 2011 (Exp. 68001231500020009117702 (1385-10)). Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 7 de abril de 2011 (Exp. 50001233100020031005802 (1177-09)). Consejero Ponente: Eduardo Gómez Aranguren. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 18 de mayo de 2011 (Exp. 68001231500020000154502 (1837-10)). Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 13 de junio de 2011 (Exp. 25000232700020080018701 (17782)). Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 16 de junio de 2011 (Exp. 25000232700020080018601 (17922)). Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 29 de junio de 2011 (Exp. 19001-23-31-000-2006-00378-01 (1023-10)). Consejero Ponente: Gustavo Gómez Aranguren. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 21 de julio de 2011 (Exp. 11001032700020070000500 (16356)). Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 6 de octubre de 2011 (Exp. 11001032800020100012000 (2010-00120)). Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de diciembre de 2011 (Concepto 11001030600020110009100 (2085)). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 13 de diciembre de 2011 (Exp. 25000232700020080002301 (17709)). Consejera Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de diciembre de 2011 (Exp. 19001233100020060060201 (17978)). Consejera Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 31 de mayo de 2012 (Exp. 25000232700020070023201 (18227)). Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 31 de mayo de 2012 (Exp. 08001233100020020112901 (17824)). Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de julio de 2012 (Exp. 11001032500020090013500 (1948-2009)). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 2 de agosto de 2012 (Exp. 76001233100020030328601 (17979)). Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 18 de octubre de 2012 (Exp. 11001032800020100001400). Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección C. Auto del 14 de febrero de 2013 (Exp. 110001-03-26-000-2013-00008-00). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 30 de septiembre de 2013 (Exp. 20173). Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 de 1994. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 25 de marzo de 1993 (Sentencia C-113 de 1993). Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 3 de noviembre de 1994 (Sentencia C-496 de 1994). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 15 de marzo de 1995 (Sentencia C-109 de 1995). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de abril de 1999 (Sentencia C-273 de 1999). Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muños. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 1 de agosto de 2001 (Sentencia C-805 de 2001). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 9 de agosto de 2001 (Sentencia C-836 de 2001). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 29 de julio de 2003 (Sentencia C-619 de 2003). Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 15 de octubre de 2008 (Sentencia C-1005 de 2008). Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 28 de mayo de 2009 (Sentencia T-389 de 2009).

Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 11 de mayo de 2011 (Sentencia C-366 de 2011).

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 25 de mayo de 2011 (Sentencia C-444 de 2011).

Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Perez. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 1 de noviembre de 2011 (Sentencia C-818 de

2011). Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 3 de julio de 2013 (Sentencia C-400 de 2013).

Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 1997

(Exp. 4816). Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Copia tomada directamente de la página web de la corporación.

Comadira, J.R. (1981). *La anulación de oficio del acto administrativo: La denominada “cosa juzgada administrativa”*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Coviello, P.J. (2004). *La protección de la confianza legítima del administrado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Diez, M.M. (1965). *Derecho administrativo*. Tomo 2. Argentina: Editorial bibliográfica Argentina S.R.L.
- Dromi, J. R. (1987). *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L.
- Dromi, J.R. (2000). *El acto administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Entrena Cuesta, R. (1972). *Curso de Derecho Administrativo*. Tercera edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Favoreau, L. (2000) *Legalidad y Constitucionalidad, La Constitucionalización del Derecho*, Bogotá: Ediciones Temas de Derecho Público No. 59 Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia.
- García de Enterría, E. & Fernández T-R. (1986). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- García de Enterría, E. (2000). *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- García de Enterría, E. (2007). *La Transformación de la justicia administrativa: De excepción singular a la plenitud administrativa. ¿Un cambio de Paradigma?*. Pamplona.
- García Luengo, J. (2002). *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- Garrido Falla, F. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen 1. Parte General. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- GOBIERNO NACIONAL. Decreto - Ley 01 de 1984 *Código Contencioso Administrativo*. Diario Oficial núm. 36439, 10 de enero de 1984.

- Gordillo, A.A. (1979). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. El acto administrativo. Buenos Aires: Ediciones macchi.
- Gordillo, A.A. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. El acto administrativo. Buenos Aires: Ediciones macchi.
- Guecha, C.N. (2011). *Los atributos de los actos administrativos unilaterales, son aplicables a los contratos administrativos*. Revista Diálogos de Saberes, No. 34. Centro de Investigaciones SocioJurídicas de la Universidad Santo Tomás de Tunja.
- Hernández Becerra, A. (2012). *El nuevo código y la Constitucionalización del Derecho Administrativo*. En Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código: una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá: Consejo de Estado.
- Ibáñez Najar, J. E. (2007). *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Legis S.A.
- Ivanega, M.M. (2008). *Elementos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Derecho Administrativo 4.
- Lamprea Rodríguez, A. (2004). *Anulación de los Actos de la Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Largacha Martínez, M. & Posse Velásquez, D. (1988). *Causales de Anulación de los Actos Administrativos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Lopez, D. (2006). El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis.
- Luna Serrano A. (2013). *Las Ficciones del Derecho*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Marienhoff, M. S. (1964). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Teoría General. 2ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.

- Mairal A. H. (1984). *Control Judicial a la Administración*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Morand – Deviller, J. (2010). *Curso de Derecho Administrativo*. Temas de Reflexión. Comentarios y Análisis de Fallos. Traducción de Zoraida Rincón Ardila y Juan C. Peláez Gutiérrez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Machado, S. (2006). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. II. El ordenamiento jurídico. Iustel. España: Madrid.
- Ospina Fernández, G. (2008). *Régimen General de las Obligaciones*. Editorial Temis. Bogotá – Colombia.
- Ospina Garzón, A.F. (Ed.). (2013). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ospina Garzón, A.F. (2014). *Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez?*. En J.L. Benavides. (Ed.). Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Parada, R. (2010). *Derecho Administrativo I*. Parte General. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Recasens Siches. L. (2003) *Introducción al estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa.
- Sánchez Torres, C.A. (2004). *Acto administrativo. Teoría general*. Bogotá: Editorial Legis.
- Santamaría Pastor, J.A. (2005). *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen 1. Tercera Ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Santofimio Gamboa, J.O. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo: acto administrativo*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sarria Olcos, C. (2014). *La anulación de los actos administrativos por razones de inconstitucionalidad*. En A, Montaña Plata y A.F. Ospina Garzón. (Ed.) La

constitucionalización del Derecho administrativo: XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Sayagués Laso, E. (1986). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 1. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna.

Tobo Rodríguez, J. (1999) *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Traducido por Rincón Jurado, J. Madrid: Editorial Aguilar.

Viana Cleves, M.J. (2007). *El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá: Universidad Externado.

Yepes Barreiro, A. (2013). *¿La jurisdicción contenciosa electoral en vía de extinción?* En Revista de la Academia Colombiana de Juristas. Edición 253.

Zagrebelsky, G. (2001). Traducido por: Marina Gascón. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.

Zambrano Cetina y Briceño de Valencia (Coordinadores) (2012). *Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código. Una Mirada a la Luz de la ley 1437 de 2011*. Bogotá: Banco de la República y Consejo de Estado.

ANEXO 1

A continuación se presenta una tabla de datos, en la cual se hace referencia a aquellas providencias que tratan el tema de los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, encontrando que algunas de ellas le atribuyen efectos *ex tunc* y otras efectos *ex nunc*. Además, se diferencian entre aquellas providencias que se refirieren a actos administrativos de contenido general y aquellas que conciernen a actos administrativos de carácter particular, siendo de especial interés este tema, por cuanto implicó determinar bajo qué criterio la sentencia o auto se refería a un acto de uno u otro contenido, razón por la cual se utilizó el criterio expuesto en una sentencia de la Sección Segunda –sección que más abordó el tema-, el cual establece lo siguiente:

“La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado esta Sala: “Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de

personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman”. (Subraya la Sala). En el caso concreto se observa que el acto por medio del cual el Ministerio de la Protección Social suspendió el pago de pensiones de personas que presuntamente no aportaron el título correspondiente tiene, sin lugar a dudas, la calidad de acto administrativo de carácter particular, en razón a que se dirige a un grupo determinado de personas. Tan cierto es que dicho acto especifica el beneficiario de la prestación social periódica (persona titular de la misma), la naturaleza de la pensión (jubilación, invalidez, sustitución, etc.) y mesada mensual reconocida (valor concreto). Si se tratase de un acto administrativo general no habría razón para puntualizar de manera pormenorizada los aspectos citados.”⁶¹

Por último es preciso advertir que la clasificación del acto en cada providencia no se efectuó con base en el acto demandado, sino con fundamento en la tesis que sostuvo cada Sección a lo largo de la decisión.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia de 4 de marzo de 2010. Rad. No. 11001-03-25-000-2003-00360-01(3875-03). C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

SENTENCIAS LÍNEA JURISPRUDENCIAL

INFORMACIÓN BÁSICA

Para la lectura de esta tabla de datos se debe tener en cuenta que a cada Sala y Sección del Consejo de Estado se le asignó un color.

No se refiere a ninguna sección.	Segunda
Sala Plena de lo Cont. Administrativo	Tercera
Sala de Consulta y Servicio Civil	Cuarta
Sección Primera	Quinta

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex tunc	Ex nunc
Sala de lo Contencioso Administrativo	14/06/15	14-06-15	Adriano Muñoz	X		X	
	06/06/34	0606	Pedro Martin Quiñones	X		X	
	27/05/41	27-05-41	Tulio Enrique Tascon		X	X	
Sala de lo Contencioso Administrativo	12/04/51	19510412	Daniel Anzola Escobar	X	X	X	
Sala de Consulta y Servicio Civil	05/04/68	0405	Guillermo González Charry	X		X	
Cuarta	17/10/69	1384	Hernando Gómez Mejía	X			X

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex func	Ex nunc
Sala de Consulta y Servicio Civil	26/04/73	762	Jorge De Velasco Álvarez	X		X	
Primera	Auto 18/11/88	950	Simón Rodríguez	X		X	
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	28/11/89	A-051	Simón Rodríguez Rodríguez	X			X
Cuarta	12/10/90	1846	Consuelo Sarria Olcos	X			X
Segunda	28/02/94	8540	Carlos Arturo Orjuela Góngora		X	X	
Segunda	31/05/94	7245	Dolly Pedraza De Arenas	X			X*
Cuarta	05/08/94	5656	Consuelo Sarria Olcos	X		X*	
Primera	21/04/95	2639	Ernesto Rafael Ariza Muñoz	X		X	
Quinta	04/12/95	1208-1222	Amado Gutiérrez Velásquez		X	X	
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	28/08/96	S-638	Carlos A. Orjuela Góngora		X	X	
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	08/04/97	S-650	Amado Gutiérrez Velásquez	X		X	
Segunda - Subsección "B"	19/02/98	17070	Carlos Arturo Orjuela Góngora	X	X	X*	
Cuarta	24/03/00	9551	Delio Gómez	X		X*	
Segunda - Subsección "B"	03/08/00	962359 (497-2000)	Carlos Arturo Orjuela Góngora		X	X	
Segunda - Subsección "A"	07/09/00	2664-99	Nicolás Pájaro Peñaranda		X	X	
Segunda - Subsección "A"	30/11/00	17334	Nicolás Pájaro Peñaranda	X		X*	
Cuarta	19/01/01	0500123240 0019970213 01 (10581)	Daniel Manrique Guzmán	X		X*	
Segunda - Subsección "A"	25/01/01	17019	Nicolás Pájaro Peñaranda	X		X	
Segunda - Subsección "B"	22/03/01	7300123310 0019981074 01 (1141-00)	Tarsicio Cáceres Toro	X		X	

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex func	Ex nunc
Segunda - Subsección "B"	21/06/01	2500023250 0019983184 01 (3824-00)	Tarsicio Cáceres Toro	X		X	
Segunda - Subsección "A"	13/09/01	2500023250 0019983834 01 (0094-01)	Ana Margarita Olaya Forero	X		X	
Primera	13/09/01	1100103240 0099959110 1 (5911)	Manuel Santiago Urueta Ayola		X	X	
Primera	22/11/01	2500023240 0019972360 01 (6572)	Camilo Arciniegas Andrade	X			X
Cuarta	05/05/03	1100103270 0020010243 01 (12248)	María Inés Ortiz Barbosa	X		X*	
Consulta y Servicio Civil	26/06/03	1506	Cesar Hoyos Salazar	X		X	
Cuarta	10/07/03	2500023270 0019990840 01 (13196)	María Inés Ortiz Barbosa	X		X*	
Segunda - Subsección "A"	04/12/03	2500023250 0019946713 01 (2110-01)	Nicolás Pájaro Peñaranda	X		X	
Segunda - Subsección "A"	11/12/03	2500023250 0019993971 01 (2024-01)	Evelio Suarez Suarez	X		X	
Cuarta	10/06/04	1100103270 0020010302 01 (12631)	Juan Ángel Palacio Hincapié	X		X	
Segunda - Subsección "B"	08/07/04	2500023250 0020010467 301 (4673-03)	Jesús María Lemos Bustamante	X		X	
Segunda - Subsección "A"	22/07/04	1100103250 0019992026 01 (2026-99)	Nicolás Pájaro Peñaranda	X		X	

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex func	Ex nunc
Segunda - Subsección "A"	20/01/05	2500023250 0020021053 601 (0861- 04)	Ana Margarita Olaya Forero	X		X	
Segunda - Subsección "B"	27/01/05	6800123150 0020000256 901 (4527-03)	Tarsicio Cáceres Toro	X		X	
Segunda - Subsección "A"	07/04/05	7300123310 0020010079 801 (2836-03)	Alberto Arango Mantilla	X		X*	
Segunda - Subsección "B"	07/04/05	7600123310 0020010180 301 (5759-03)	Jesús María Lemos Bustamante	X		X*	
Tercera	10/04/05	1100103260 0019920796 101 (7961)	María Elena Giraldo Gómez	X		X	
Segunda - Subsección "B"	28/04/05	2500023250 0020000592 301 (1121-04)	Jesús María Lemos Bustamante	X		X	
Segunda - Subsección "B"	05/05/05	7300123310 0020030119 501 (2678-04)	Jesús María Lemos Bustamante	X		X	
Cuarta	16/07/05	2500023270 0020010093 801 (14311)	María Inés Ortiz Barbosa	X		X*	
Cuarta	27/10/05	7600123310 0020010437 901 (15270)	Héctor J. Romero Díaz	X		X*	
Quinta	03/11/05	2500023240 0020040079 601 (3792)	Reinaldo Chavarro Buritica		X	X	
Segunda - Subsección "A"	26/01/06	1700123310 0020030049 101 (2594-05)	Alberto Arango Mantilla	X		X	
Segunda - Subsección "B"	16/02/06	2500023250 0020010035 901 (0359-05)	Jesús María Lemos Bustamante	X		X	

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex func	Ex nunc
Segunda – Subsección "A"	23/02/06	2500023250 0020010840 001 (0333-05)	Jaime Moreno García	X		X*	
Segunda – Subsección "A"	02/03/06	2500023270 0020050147 001 (AC)	Ana Margarita Olaya Forero		X	X*	
Segunda – Subsección "B"	16/03/06	7600123310 0020010185 801 (3985-05)	Tarsicio Cáceres Toro	X		X*	
Sala Plena	14/04/06	1100103150 0020000770 401 (S-704)	María Inés Ortiz Barbosa		X	X	
Segunda – Subsección "A"	04/05/06	2500023250 0020010952 801 (0830-05)	Jaime Moreno García	X		X*	
Segunda – Subsección "A"	25/05/06	2500023250 0020010955 301 (1529-05)	Jaime Moreno García	X		X	
Quinta	22/06/06	0800123310 0020040142 702 (3952)	Darío Quiñones Pinilla		X		
Tercera	05/07/06	2500023260 0019990048 201 (21051)	Ruth Stella Correa Palacio	X		X*	
Segunda – Subsección "B"	24/08/06	7600123310002 0030337301 (6537-05)	Alejandro Ordoñez Maldonado	X		X	
Cuarta	31/08/06	7600123310 0020030281 401 (15577)	Héctor J Romero Díaz	X		X*	
Tercera	27/09/06	1100103260 0020000840 201 (18402)	Ramiro Saavedra Becerra	X		X	
Cuarta	18/10/06	2500023270 0020000144 601 (13652)	Héctor J Romero Díaz	X		X*	

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex func	Ex nunc
Cuarta	19/10/06	2500023270 0020030109 701 (15402)	Ligia López Díaz	X		X*	
Cuarta	25/10/06	2500023270 0020020089 901(15124)	Ligia López Díaz	X		X*	
Segunda – Subsección "B"	16/11/06	0500123310 0020030186 901 (7978-05)	Bertha Lucia Ramírez De Páez	X		X	
Tercera	04/12/06	7600123310 0019940050 701 (15239)	Mauricio Fajardo Gómez	X		X	
Cuarta	30/12/06	2500023270 0020010064 201 (15333)	Héctor J Romero Díaz	X		X*	
Segunda	08/02/07	1300123310 0020020012 601 (10266-05)	Alberto Arango Mantilla		X	X	
Tercera	08/03/07	2000123310 0019960299 901 (15052)	Ruth Stella Correa Palacio	X		X	
Segunda – Subsección "B"	29/03/07	6800123150 0020030009 801 (09133- 05)	Bertha Lucia Ramírez De Páez	X		X	
Segunda	12/04/07	2500023250 0020040283 202 (2067-06)	Jaime Moreno García	X		X	
Segunda – Subsección "B"	07/06/07	7300123310 0020000366 901 (4016-05)	Alejandro Ordoñez Maldonado	X		X*	
Segunda – Subsección "A"	05/07/07	0800123310 0020040043 801 (2403-06)	Jaime Moreno García	X		X	
Cuarta	21/11/07	4700123310 0020010118 901 (16294)	Ligia López Díaz	X		X*	

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex func	Ex nunc
Segunda	04/12/07	6300123310 0020020026 701 (4347-05)	José F. Torres Fernández De Castro	X		X	
Segunda – Subsección "A"	07/02/08	1300123310 0020030071 801 (1414-07)	Gustavo Eduardo Gómez Aranguren	X		X	
Segunda – Subsección "B"	21/02/08	0800123310 0020050387 801 (0615-07)	Bertha Lucía Ramírez De Páez	X		X	
Segunda – Subsección "B"	03/04/08	0800123310 0020050196 001 (0617-07)	Bertha Lucía Ramírez De Páez	X		X	
Segunda – Subsección "B"	24/04/08	7600123310 0020010105 601 (2734-04)	Jesús María Lemos Bustamante	X		X	
Segunda – Subsección "A"	08/05/08	0800123310 0020050200 301 (0932-07)	Gustavo Eduardo Gómez Aranguren	X		X	
Quinta	22/05/08	1100103280 0020070003 500	Mauricio Torres Cuervo		X		
Cuarta	24/07/08	0500123310 0020010391 101 (16859)	Ligia López Díaz	X		X*	
Segunda – Subsección "B"	24/07/08	2500023250 0020021060 201 (2024-06)	Gerardo Arenas Monsalve	X		X*	
Segunda	21/08/08	1100103250 0020070005 800 (1185-07) Modulación de los efectos	Gustavo Eduardo Gómez Aranguren	X			
Cuarta	25/09/08	2500023270 0020040081 901 (16155)	Héctor J Romero Díaz	X		X*	
Segunda – Subsección "A"	02/10/08	1900123310 0020010206 202 (0703-08P2)	Luis Rafael Vergara Quintero	X		X	

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex func	Ex nunc
Cuarta	13/11/08	2500023270 0020050070 301 (16307)	Martha Teresa Briceño De Valencia	X		X*	
Cuarta	02/04/09	4700123310 0020010119 201 (17127)	Martha Teresa Briceño De Valencia	X		X*	
Quinta	02/04/09	1100103280 0020070003 600	Filemón Jiménez Ochoa		X	X	
Primera	21/05/09	2500023270 0020030011 901	Rafael Ostau De Lafont Pianeta	X		X	
Cuarta	04/06/09	0800123310 00 2002 0097501 (16086)	William Giraldo Giraldo	X			X
Cuarta	04/06/09	0800123310 0020020064 001 (16085)	Héctor J. Romero Díaz	X			X
Quinta	11/06/09	6800123150 0020070067 702	María Nohemí Hernández Pinzón		X	X	
Cuarta	23/07/09	7600123310 0020020045 201 (16404)	Hugo Fernando Bastidas Bárcenas	X		X*	
Cuarta	06/08/09	4700123310 0020010118 701 (17403)	William Giraldo Giraldo		X	X	
Segunda – Subsección "A"	26/08/09	2500023250 0020050455 001 (2173-07)	Gustavo Eduardo Gómez Aranguren		X	X	
Segunda – Subsección "A"	21/10/09	6800123150 0020000115 201 (1438-08)	Gustavo Eduardo Gómez Aranguren	X		X	
Segunda – Subsección "A"	11/11/09	2500023250 0020050071 901 (2410-07)	Gustavo Eduardo Gómez Aranguren	X		X*	
Segunda – Subsección "A"	18/02/10	1100103250 0020040008 200 (0805-04)	Alfonso Vargas Rincón	X		X	

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex func	Ex nunc
Segunda – Subsección "B"	04/03/10	4100123310 0020030082 101 (2603-08)	Bertha Lucía Ramírez De Páez		X	X	
Cuarta	11/03/10	7600123310 0020060279 201 (17617)	Martha Teresa Briceño De Valencia	X		X*	
Quinta	08/04/10	1100103280 0020090000 300	Mauricio Torres Cuervo		X	X	
Segunda – Subsección "B"	15/04/10	1500123310 0020020303 701 (0592-09)	Víctor Hernando Alvarado Ardila	X		X*	
Cuarta	29/04/10	4700123310 0020030032 001 (17051)	Hugo Fernando Bastidas Bárcenas	X		X	
Segunda-Subsección "B"	24/06/10	6800123150 0020000153 801 (0100-09)	Víctor Hernando Alvarado Ardila		X	X	
Primera	08/07/10	2500023240 0020020095 601	María Claudia Rojas Lasso		X	X	
Segunda-Subsección "A"	19/08/10	0800123310 0020050142 801 (1515-07)	Alfonso Vargas Rincón	X		X	
Cuarta	07/10/10	4700123310 0020010118 801 (17573)	Martha Teresa Briceño De Valencia	X		X*	
Segunda-Subsección "B"	02/12/10	6800123150 0020000115 902 (0427-10)	Víctor Hernando Alvarado Ardila	X		X*	
Cuarta	23/02/11	7600123310 0020050219 201 (17139)	Hugo Fernando Bastidas Bárcenas	X	X	X	X
Cuarta	03/03/11	4700123310 0020010119 301 (17741)	William Giraldo Giraldo	X	X	X	X
Primera	10/03/11	1100103240 0020040038 001	María Claudia Rojas Lasso	X		X	

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex func	Ex nunc
Segunda – Subsección "A"	17/03/11	6800123150 0020009117 702 (1385-10)	Alfonso Vargas Rincón	X		X	
Segunda – Subsección "A"	07/04/11	5000123310 0020031005 802 (1177-09)	Eduardo Gómez Aranguren	X		X	
Segunda – Subsección "A"	18/05/11	6800123150 0020000154 502 (1837-10)	Alfonso Vargas Rincón	X		X	
Cuarta	13/06/11	2500023270 0020080018 701 (17782)	William Giraldo Giraldo	X			X*
Cuarta	16/06/11	2500023270 0020080018 601 (17922)	William Giraldo Giraldo	X			X*
Cuarta	18/07/11	1100103270 0020060004 400 (16191)	Hugo Fernando Bastidas Bárcenas	X	X	X	X
Cuarta	21/07/11	1100103270 0020070000 500 (16356)	Hugo Fernando Bastidas Bárcenas	X			X
Quinta	06/10/11	1100103280 0020100012 000 (2010- 00120) Modulación de los efectos	Alberto Yepes Barreiro		X		
Sala de Consulta y Servicio Civil	09/12/11	1100103060 0020110009 100 (2085)	Enrique José Arboleda Perdomo		X	X	
Cuarta	13/12/11	2500023270 0020080002 301 (17709)	Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez	X			X*
Cuarta	19/12/11	1900123310 0020060060 201 (17978)	Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez	X			X
Segunda – Subsección "B"	09/02/12	6800123310 0020000129 602 (1179-11)	Víctor Hernando Alvarado Ardila	X		X	

SECCIÓN O SALA	FECHA DD/MM/AA	EXPEDIENTE NO.	CONSEJERO/ MAGISTRADO/ CONJUEZ PONENTE	CONTENIDO AA		EFECTOS DE LA NULIDAD	
				General	Particular	Ex tunc	Ex nunc
Segunda – Subsección "B"	16/02/12	0800123310 0020100023 101 (0917-11)	Gerardo Arenas Monsalve	X		X	
Sala de Consulta y Servicio Civil	12/03/12	1100103060 0020120000 2200(2095)	William Zambrano Cetina		X	X	
Cuarta	31/05/12	2500023270 0020070023 201 (18227)	William Giraldo Giraldo	X			X*
Cuarta	31/05/12	0800123310 0020020112 901 (17824)	Hugo Fernando Bastidas Bárcenas	X			X*
Segunda – Subsección "A"	26/07/12	1100103250 0020090013 500 (1948-2009) Confianza legítima	Gustavo Eduardo Gómez Aranguren	X		X	
Cuarta	02/08/12	7600123310 0020030328 601 (17979)	Hugo Fernando Bastidas Bárcenas	X			X*
Quinta	18/10/12	1100103280 0020100001 400	Alberto Yepes Barreiro		X	X*	
Quinta	07/02/13	1100103280 0020100003 100	Alberto Yepes Barreiro	X		X	
Segunda – Subsección "B"	15/08/13	2500023250 0020060046 401 (2166-07)	Gerardo Arenas Monsalve		X	X	

El color rojo que señala algunas sentencias se refiere a aquellos pronunciamientos que han propuesto que la nulidad o bien tiene unos efectos en el tiempo diferentes al tradicional efecto *ex tunc* o que han considerado que no es posible señalar ninguno porque no le corresponde al juez hacerlo.