



## Sentencia 30 de 2003 Consejo de Estado

Definición de vínculos para la Norma: i=9147;

ACCIÓN DE NULIDAD - Antecedentes. Características. Marco legal / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Antecedentes. Características. Marco legal / CÓDIGO ADMINISTRATIVO - Ley 130 de 1913. ley 167 de 1941. Decreto 01 de 1984 / ACCIÓN DE LESIVIDAD - Antecedentes normativos

El primer código contencioso administrativo, esto es la Ley 130 de 1913, creó el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Seccionales con el objeto de que revisaran los actos de las corporaciones o empleados administrativos, a través de las acciones de nulidad y de lesividad. En consecuencia, les asignó, a solicitud del Ministerio Público o de cualquier ciudadano, el conocimiento de las peticiones de nulidad de las ordenanzas y otros actos de las Asambleas Departamentales (art. 52) ; de los decretos y demás actos de los gobernadores; de los acuerdos y otros actos de los concejos municipales y la revisión de los actos del gobierno, no sometidos a la Corte Suprema de Justicia, en el concepto de ser inconstitucionales e ilegales (art. 79). Así mismo, los organismos jurisdiccionales tenían competencia para revisar dichos actos "en el concepto de ser lesivos de derechos civiles", caso en el cual se procedía a petición de quienes tuvieran interés en ello. Como particularidad se observa que la acción de nulidad caducaba en noventa (90) días, al igual que la acción de lesividad, así como que el Tribunal Supremo conocía en tercera instancia de las apelaciones contra los autos de fenecimiento con alcance dictados en segunda por la Sala de Decisión de la Corte de Cuentas (art. 20). Posteriormente, la ley 167 de 1941, segundo código contencioso administrativo, estructuró de manera más clara las acciones, denominándolas de nulidad y de plena jurisdicción, correspondientes a los contenciosos objetivo y subjetivo, las cuales procedían contra los actos de la administración en sus distintos órdenes territoriales. Finalmente, el Decreto 01 de 1984, tercer código contencioso administrativo, regula las dos acciones en la versión hoy conocida.

ACCIÓN DE NULIDAD - Titularidad. Caducidad. Efectos de la sentencia. Desistimiento. Perención. Diferencias frente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Titularidad. Caducidad. Efectos de la sentencia. Desistimiento. Perención. Diferencias frente a la acción de nulidad

En lo que respecta a las diferencias, la doctrina se refiere a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho con expresiones diferentes como las de contencioso popular de anulación, contencioso objetivo o recurso por exceso de poder, respecto de la acción de nulidad, y con las de contencioso subjetivo o de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, para la segunda de estas acciones. El código de 1984 introdujo el nombre actual, por considerarlo más técnico. Dichas acciones se diferencian, entre otros, en los siguientes aspectos: En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado; en tanto que el uso de la acción de nulidad y restablecimiento está condicionado a la existencia de un interés, de manera que podrá ejercerla quien considere que su derecho ha sido lesionado y es necesario para tal efecto el apoderamiento de un profesional del derecho; En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier tiempo, mientras que la de restablecimiento del derecho debe ser presentada ante el juez en un término que, en la mayor parte de los casos, es de cuatro (4) meses, o de dos (2) años cuando se trata de acción indemnizatoria. En relación con los efectos de la sentencia, la que se produce en proceso de nulidad los tiene "erga omnes", si la decisión es anulatoria, en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora; mientras que en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, la sentencia tiene efectos inter partes y respecto de terceros interesados. Otros rasgos de estas dos acciones tienen que ver con el hecho de que la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda, lo que no sucede con la de nulidad y restablecimiento del derecho, que sí es desistible, con el cumplimiento de los requisitos de ley, y solamente a los terceros interesados les es permitido participar en un proceso de esa naturaleza. En el mismo orden de ideas, el fenómeno de la perención no opera, cuando se trata de acción de nulidad, lo que sí sucede en el caso de la otra acción. Otro aspecto que distingue a las dos acciones tiene que ver con su procedibilidad, el cual se vincula directamente con la teoría de los motivos y finalidades.

TEORÍA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES - Evolución jurisprudencial. Criterios de procedencia en acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho

La evolución de la jurisprudencia bajo la vigencia del código contencioso administrativo de 1941 puede clasificarse en materia de procedencia de las acciones de nulidad y de plena jurisdicción en dos etapas: una, el criterio del contenido del acto; dos, la teoría de los motivos y finalidades. Antes de 1959 la jurisprudencia del Consejo de Estado estuvo influida por el criterio material en el sentido de que la procedencia de las acciones fue condicionada por el contenido del acto, pues si éste creaba situaciones jurídicas de carácter general, abstracto e impersonal, el interesado debía usar la acción de nulidad; si, por el contrario, el acto era de contenido particular, concreto y subjetivo, la acción pertinente sería la de plena jurisdicción. En el año de 1959 se inició el cambio de orientación de la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto hace a la procedibilidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cambio que luego se consolidaría en el año de 1961. Consideró el Consejo de Estado en la providencia de 1959 que el criterio tenido en cuenta por el legislador para distinguir las acciones de

nulidad y de plena jurisdicción fue el de la preexistencia del derecho. Sin embargo, esa tesis no era aceptada de manera indiscutida, pues en sentencia de la misma fecha, el Consejo retuvo la tesis del contenido del acto como indicador de la procedencia de la acción. Algunos meses después, la teoría de los móviles y finalidades encuentra su formulación acabada en la sentencia de agosto 10 de 1961, con ponencia de Carlos Gustavo Arrieta Alandete, en donde se dijo: "No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia. ...los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores,, y que sus finalidades son las de someter la administración pública al imperio del derecho objetivo." Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas legales asignan a la acción..." Posteriormente, 11 años más tarde, la Corporación reiteró y precisó la doctrina de 1961, al introducir la idea de "*pretensión litigiosa*", como elemento de distinción entre las dos acciones. Se dijo en esa oportunidad, en auto de 8 de agosto de 1972, que las acciones de nulidad y de plena jurisdicción se distinguían en el sentido de que la primera buscaba la tutela del orden jurídico abstractamente considerado, sobre la base del principio de jerarquía normativa, lo cual originaba un proceso que, en principio, no llevaba implicado un litigio o contraposición de pretensiones; en tanto que la segunda, tenía por objeto la garantía de derechos privados, vulnerados por actuaciones de la administración, lo cual se lograba mediante el restablecimiento del derecho o el resarcimiento del daño. El desarrollo jurisprudencial de la última década ha tenido que ver, de manera principal, con la procedencia de la acción de nulidad frente a actos creadores de situaciones jurídicas individuales, posición que en alguna medida implica reconsideración del tratamiento que se le venía dando a la materia en ese punto específico; en ese sentido fue el pronunciamiento de Sala Plena del 29 de octubre de 1996, ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, en el caso de cusiana. Esta tesis de la Sala Plena ha sido reiterada en varias oportunidades por las distintas secciones de la corporación, pues ella constituye un importante elemento de seguridad en las situaciones jurídicas creadas por los actos administrativos de carácter particular.

NOTA DE RELATORIA CONSEJO DE ESTADO: La sentencia comprende análisis de las sentencias de 01/12/59; 10/08/61 con ponencia de Carlos Gustavo Arrieta Alandete; 08/08/72 con ponencia de Humberto Mora Osejo; auto de la Sección Primera de 02/08/90 con ponencia de Pablo Cáceres adoptado por la Sección en la sentencia de 28/08/92; 26/10/95 con ponencia de Libardo Rodríguez y la sentencia de la Sala Plena de 29/10/96 con ponencia de Daniel Suárez Hernández.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Teoría de los motivos y finalidades. Análisis de la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C-426 de 2002 / ACCIÓN DE NULIDAD - Procedencia frente a actos de carácter particular y concreto. Análisis de la decisión de la Corte Constitucional / JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Inconstitucionalidad según la doctrina de la Corte Constitucional en sentencia C-426 de 2002 / CORTE CONSTITUCIONAL - Límites de la jurisprudencia: no puede extender su control a las interpretaciones de los jueces

En relación con el caso que le fue planteado, la Corte dice que la procedencia de la acción de nulidad o de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no está determinada por el contenido del acto, ni por los efectos que de éstos se puedan derivar sino por la naturaleza de la pretensión que se formule. Las consideraciones citadas en precedencia, sobre la decisión de la Corte muestran con claridad que dicha corporación judicial juzgó la jurisprudencia del Consejo de Estado contraria a la Constitución, pues en su opinión contrariaba los principios de libre acceso a la administración de justicia y, en consecuencia, del debido proceso. En un estado de derecho no pueden existir órganos con competencias ilimitadas, aun tratándose de órganos de control de superior jerarquía, pues los estados de esa clase se caracterizan precisamente por la distribución de competencias entre las distintas autoridades y por el respeto de las mismas. Cuando se desconoce ese principio limitante en la actuación de los órganos estatales, se corre el riesgo de anarquizar el ordenamiento jurídico y se crean condiciones de concentración de poder no previstas constitucionalmente y riesgos para el sistema de balanzas y contrapesos propios del sistema democrático. La distribución de competencias en el campo particular de elaboración de normas procesales es reconocida por la propia Corte como facultad del Congreso de la República, cuando en un aparte del fallo que se analiza, dice que " ... las atribuciones asignadas por la Carta Política a las distintas ramas del Poder Público ..." en materia de producción de normas sobre procedimientos judiciales es de competencia exclusiva y excluyente del legislador. De manera que las normas reguladoras de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho sólo pueden ser dadas por el Congreso, a quien corresponde, según los términos del ordinal 2º del artículo 150 constitucional, "Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones", no por la Corte Constitucional, que es un órgano cobijado por el principio que se acaba de enunciar. No puede este organismo adicionar el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, sin invadir la competencia del Congreso de la República. Cuando la Corte Constitucional, en el ejercicio de esa competencia (el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991), no decide sobre la petición de inconstitucionalidad de las leyes o de los decretos con fuerza de ley, mediante el procedimiento de confrontación de las disposiciones acusadas con los preceptos de la Constitución, sino que extiende su control, sin fundamento en el derecho positivo, a la interpretación que de las normas controlables hacen los jueces, con la pretensión de imponer sus criterios de interpretación a los operadores jurídicos, traslada el objeto de su competencia a una materia no prevista constitucionalmente e incurre en manifiesta no aplicación de la norma constitucional que le da la competencia y crea así una nueva acción de inconstitucionalidad referida a la jurisprudencia producida por los jueces de la República. Esa acción no tiene fundamento alguno en el derecho constitucional colombiano, que, de todos es sabido, es un derecho legislado, no pretoriano. De otra parte, la decisión de la Corte que se examina desconoce el tenor claro del artículo 230 constitucional, cuyo texto obliga a todos los jueces, incluida la Corte Constitucional, cuando prescribe que "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. De manera que el fallo de exequibilidad sobre determinada interpretación de una norma legal, para ser aceptable, tendría que dicha competencia estar consagrada expresamente, en términos estrictos y precisos, por una reforma constitucional, en donde además se tendría que reformar también el artículo 230 constitucional. De no ser así, se estaría en presencia de un derecho de creación jurisprudencial, en asuntos sobre los que existen normas expresas, lo cual es incompatible con nuestro ordenamiento jurídico. De otra parte, un examen de conjunto de los mecanismos de control que garantizan la supremacía de la Constitución Política, debe tener presente que el control de constitucionalidad en Colombia no es competencia exclusiva de la Corte Constitucional, pues la Carta Política le asigna al Consejo de Estado

atribuciones en la materia.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - Titulares. Competencia del Consejo de Estado. Clases: directo e indirecto. Evolución normativa / CONTROL DIRECTO DE CONSTITUCIONALIDAD - Competencia del Consejo de Estado. Evolución normativa / CONTROL INDIRECTO DE CONSTITUCIONALIDAD - Competencia del Consejo de Estado. Evolución normativa / CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD - Titulares. Competencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado

El ordenamiento jurídico colombiano ha instituido un control difuso de constitucionalidad, en donde la Corte Constitucional ejerce, entre otros, el control sobre las leyes "... tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación...", en "los estrictos y precisos términos" que establece la Constitución, mientras que el Consejo de Estado tiene la cláusula general de competencia para el control de constitucionalidad de los decretos que expida el gobierno, exceptuados los casos en los que la Constitución asigna dicho control a la Corte Constitucional, como sucede, a manera de ejemplo, con "los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución", o con los decretos con fuerza de ley. El Consejo de Estado, a la luz de las antiguas normas constitucionales y muchas décadas antes de que naciera la Corte Constitucional, ejercía las funciones de juez constitucional, de una parte, en forma indirecta, al poder referir el control de legalidad de los actos administrativos producidos por las autoridades de los distintos niveles de la administración pública en último grado a las normas de la Constitución Política, ya que el acto controlado debía respetar las normas de superior jerarquía; de otra parte, en forma directa, cuando se trataba de reglamentos constitucionales que, para efectos de su control, tenían como punto de referencia la Constitución Política, o en aquellos casos en los que el juez administrativo aplicaba la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control que permitía hacer prevalecer la Constitución. La Constitución Política de 1991 fortaleció el papel del Consejo de Estado como órgano de control de la actividad estatal no solamente en el campo del tradicional y clásico control de legalidad sino también en materia de control de constitucionalidad, ya que además de las competencias de que gozaba de acuerdo con las normas de la Constitución anterior, las cuales se conservan, hoy cuenta con nuevas competencias de naturaleza constitucional. Se observa, de acuerdo con las normas que vienen de citarse (artículo 237.2 C.P.; artículo 37.9 Ley 270/96; artículo 33.7 Ley 446/97), que en materia de control de constitucionalidad el Consejo de Estado tiene una cláusula general de competencia en relación con los decretos que el gobierno expida en el cumplimiento de los cometidos estatales, mientras que la Corte Constitucional tiene en la misma materia una competencia de excepción. Además de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos del Gobierno Nacional así como de la acción de simple nulidad, en donde se plantean, por regla general, problemas directos de legalidad, sin que ello excluya confrontaciones directas con la norma constitucional, existen otros casos en los que el juez administrativo interpreta y aplica las normas constitucionales, como sucede en las acciones de pérdida de investidura, de tutela y populares y de grupo. Puede concluirse, entonces, que el derecho colombiano consagra un sistema de control difuso de constitucionalidad, en donde el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo tiene un papel en el control de constitucionalidad así como unas competencias plenamente autónomas, cuyo ejercicio no es susceptible de control ulterior por órgano estatal alguno.

ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR - Reconocimiento de personería jurídica. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACCIÓN DE NULIDAD - Acto de reconocimiento personería jurídica no es pasible de esta acción / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto de reconocimiento de personería. Caducidad. Legitimación en causa por pasiva / ASOCIACIÓN PRIVADA SIN ANIMO DE LUCRO - Reconocimiento de personería jurídica. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

El acto acusado es la Resolución No. 0074 de 5 de febrero de 1997, por medio de la cual el Secretario General del Ministerio de Agricultura reconoció a la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá - ASOFUC- personería jurídica. Se trata, de un acto de contenido particular que tiene que ver con el reconocimiento de personería jurídica a una asociación privada sin ánimo de lucro, respecto del cual cabe, como lo señala el propio acto, el recurso de reposición ante el Ministerio de Agricultura, de donde se colige que el acusado es un acto de contenido particular, susceptible de agotamiento de la vía gubernativa, cuya notificación estuvo mal hecha al no indicarse con precisión la autoridad ante la cual debía tramitarse el recurso en cuestión, como tampoco se ordenó la publicación del mismo acto para que los terceros interesados tuvieran oportunidad de conocer su contenido, por lo cual, desde este punto de vista, puede afirmarse que la notificación no surtió sus efectos legales y, en consecuencia, no corrió el término de caducidad. El acto acusado creó, entonces, una situación jurídica de carácter particular, no pasible, según la ley y la jurisprudencia de esta Corporación, de la acción de simple nulidad, razón por la cual, en aras de la prevalencia del derecho sustancial, la acción incoada por la actora se interpretó como de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, el reconocimiento de personería jurídica de una asociación de carácter privado, no es uno de esos actos calificados por la ley como susceptible de ser atacado por medio de la acción de simple nulidad, ni tampoco dicho acto comporta "... un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos", que merezca el tratamiento del contencioso objetivo, según los términos de la sentencia de 10 de agosto de 1996, que ahora se reitera.

NOTA DE RELATORÍA CONSEJO DE ESTADO: Con salvamento de voto de los Dres. Ricardo Hoyos Duque, Alberto Arango Mantilla, Camilo Arciniegas Andrade, Alíer Eduardo Hernández E., Gabriel E. Mendoza Martelo y Alejandro Ordóñez Maldonado; y aclaración de voto de las Dras. María Elena Giraldo Gómez y Olga Inés Navarrete.

[Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-426 de 2002](#)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente:

MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA

Bogotá, D. C., cuatro (4) de marzo del dos mil tres (2003)

Radicación número: 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030)

Actor: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR

Demandado: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

Por importancia jurídica, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decide, en única instancia, la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad instituida en el artículo 84 del C. C. A. interpuso la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR.

#### I. LA DEMANDA

La mencionada entidad, en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., solicita a la Sala, en proceso de única instancia, que acceda a las siguientes

##### I. 1. Pretensiones

Que declare la nulidad de la Resolución núm. 0074 de 5 de febrero de 1997, por medio de la cual el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural reconoció personería a la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá - Asofuc y ordenó la inscripción correspondiente.

##### I. 2. Los hechos

Los hechos de la demanda están dados por antecedentes jurídicos y circunstancias relativos a la expedición de la resolución acusada, de lo cual se destaca que a la solicitud de reconocimiento de personería no fue anexada el acta de la Asamblea de Constitución de la Asociación, y los documentos aportados no indican el cumplimiento de los requisitos de quórum y cobertura territorial a que se refieren las normas que regulan la materia, y que el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras, INAT, dio un concepto favorable a la solicitud que no era de su competencia.

##### I. 3. Las normas violadas y el concepto de la violación

Señala como normas violadas los artículos 21 de la Ley 41 de 1993; 1º del Decreto 1380 de 1995; 8 de la Resolución Núm. 019 de 12 de septiembre de 1995; 40 del Decreto 2150 de 1995 y la Resolución Núm. 010 de 1998, por expedición irregular del acto acusado y falsa motivación, puesto que la personería de Asofuc fue reconocida sin que se hubiera aportado el acta correspondiente a la asamblea de constitución y elección de dignatarios, exigida por el artículo 1º del Decreto 1380 de 1995, así como tampoco se allegó la constancia de la aprobación de sus estatutos y la relación de asociados con su respectiva identificación. El listado aportado no es otra cosa que la relación de usuarios elaborada por la CAR, en su condición de organismo ejecutor.

La documentación señalada no fue remitida al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural por la CAR, como organismo ejecutor, sino que fue presentada directamente por el interesado, violándose el precitado artículo 1º del Decreto Núm. 1380 de 1995. El concepto de viabilidad de la solicitud de reconocimiento de personería e inscripción fue emitido por el INAT, quien no era el organismo ejecutor ni tampoco se encontraba en la circunstancia consagrada por el mencionado artículo. La resolución atacada se profirió sin que la documentación exigida se encontrara ajustada al requerimiento normativo.

#### II. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II. 1. El Ministerio de Agricultura. Por conducto de apoderado, el Ministro manifiesta que actuó dentro de los parámetros legales, por cuanto fue claro en su Oficio Núm. 06680 de 28 de mayo de 1999, en interpretar que si efectivamente los documentos presentados con la solicitud no se denominaron acta de asamblea de constitución, la voluntad de los usuarios del distrito de riego sí fue la de legalizar su situación jurídica de conformidad con la Ley 41 de 1993 y la Resolución Núm. 019 de 1995, expedida por el CONSUAT.

Señala que los fundamentos esenciales para la expedición de la resolución acusada están dados por el Decreto Núm. 1380 de 18 de agosto de 1995, el cual prevé el concepto previo de viabilidad que debe emitir el INAT para reconocer la personería jurídica y ordenar la inscripción de la asociación de que se trate. Por tanto, considera que no procede la presente acción de nulidad.

II. 2. La Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá - ASOFUC. Esta entidad, vinculada al proceso como tercera interesada, sostiene que el procedimiento para constituirse en persona jurídica siempre estuvo orientado por la entidad actora, con quien trabajó sin contratiempo hasta mediados de 1999 y que se aprobó el presupuesto para priorizar las obras a ejecutar, pero en julio de ese año la actora empezó una serie de reuniones en algunos municipios de influencia del distrito de riego para constituir una nueva asociación, lo cual evidencia su afán de cubrir errores, desconocer una situación legalmente constituida en detrimento de la asociación y dilatar la entrega del distrito de riego a la asociación; que el procedimiento seguido para expedir el acto acusado se ajustó a las normas vigentes, no siendo lógico que un procedimiento que culminó hace 4 años resulte tachado ahora de irregular, justamente por quien lo facilitó y orientó en su génesis y evolución, y que no existe la falsa motivación que se le atribuye.

### III. PRUEBAS DEL PROCESO

Como tales se trajeron los antecedentes administrativos de la resolución acusada.

### IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro del término para alegar sólo se pronunció la entidad demandada, cuyo apoderado retoma apartes del auto admisorio de la demanda y del que resolvió el recurso de reposición del mismo en cuanto negó la suspensión provisional, para recordar que por tratarse de un acto de contenido particular se interpreta que la acción incoada es la consagrada en el artículo 85 del C. C. A. y no la del artículo 84, ibídem, y reitera que el acto acusado se expidió conforme con el Decreto 1380 de 1995.

### V. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público, después de manifestar su conformidad con la calificación de contenido particular del acto acusado señalado por la Sala en el auto admisorio de la demanda y por no haberse podido establecer inicialmente el término de caducidad de la acción respecto de la actora, considera que es procedente estudiar el fondo del asunto.

Agrega que no se da la violación de los artículos 21 de la Ley 41 de 1993 y 1º del Decreto 1380 de 1995, porque la expedición de la resolución acusada se ajustó a las normas que regían el caso, amén de que no eran aplicables la Resolución Núm. 010 de 1998 por haber sido expedida con posterioridad a la aquí demandada, ni tampoco el artículo 40 del Decreto 2150 de 1995, por cuanto la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá - Asofuc tiene un régimen especial. Considera que la intervención del INAT fue procedente según el artículo 1º del Decreto 1380 de 1995, por ser el organismo ejecutor de los distritos de adecuación de tierras, de suerte que sí era competente para emitir el concepto de viabilidad en mención.

### VI. CONSIDERACIONES

Por cuanto la Corte Constitucional ha expuesto un criterio diferente que incide en la procedibilidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, se hace necesario reexaminar el asunto, con el fin de que la Corporación ratifique su doctrina en la materia o la modifique, teniendo o no en cuenta las opiniones de la Corte Constitucional. Para tal efecto, se hará, en primer término, un recuento del tratamiento que el Consejo de Estado ha dado a dichas acciones; en segundo término, se resumirá el criterio expuesto por la Corte Constitucional así como se determinará el alcance y los límites de la jurisprudencia de esa corporación; en tercer término, se harán unas consideraciones sobre el papel del Consejo de Estado como juez constitucional y, en la parte final, se resolverá el caso planteado.

#### VI. 1. EL ALCANCE DE LA TEORÍA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES EN LAS ACCIONES DE NULIDAD Y DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORPORACION

El estudio comparativo de estas dos acciones facilitará su mejor comprensión, razón por la cual se analizarán sus antecedentes y características y luego la teoría de los motivos y finalidades.

##### VI. 1. 1. Antecedentes y características de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho

El primer código contencioso administrativo, esto es la Ley 130 de 1913, creó el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Seccionales con el objeto de que revisaran los actos de las corporaciones o empleados administrativos, a través de las acciones de nulidad y de lesividad. En consecuencia, les asignó, a solicitud del Ministerio Público o de cualquier ciudadano, el conocimiento de las peticiones de nulidad de las ordenanzas y otros actos de las Asambleas Departamentales (art. 52); de los decretos y demás actos de los gobernadores; de los acuerdos y otros actos de los concejos municipales y la revisión de los actos del gobierno, no sometidos a la Corte Suprema de Justicia, en el concepto de ser inconstitucionales e ilegales (art. 79). Así mismo, los organismos jurisdiccionales tenían competencia para revisar dichos actos "en el concepto de ser lesivos de derechos civiles", caso en el cual se procedía a petición de quienes tuvieran interés en ello. Como particularidad se observa que la acción de nulidad caducaba en noventa (90) días, al igual que la acción de lesividad, así como que el Tribunal Supremo conocía en tercera instancia de las apelaciones contra los autos de fenecimiento con alcance dictados en segunda por la Sala de Decisión de la Corte de Cuentas (art. 20).

Posteriormente, la ley 167 de 1941, segundo código contencioso administrativo, estructuró de manera más clara las acciones, denominándolas de nulidad y de plena jurisdicción, correspondientes a los contenciosos objetivo y subjetivo, las cuales procedían contra los actos de la administración en sus distintos órdenes territoriales.

Finalmente, el Decreto 01 de 1984, tercer código contencioso administrativo, regula las dos acciones en la versión hoy conocida.

En lo que respecta a las diferencias, la doctrina se refiere a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho con expresiones diferentes como las de contencioso popular de anulación, contencioso objetivo o recurso por exceso de poder, respecto de la acción de nulidad, y con las de contencioso subjetivo o de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, para la segunda de estas acciones. El código de 1984 introdujo el nombre actual, por considerarlo más técnico.

Dichas acciones se diferencian, entre otros, en los siguientes aspectos :

En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado; en tanto que el uso de la acción de nulidad y restablecimiento está condicionado a la existencia de un

interés, de manera que podrá ejercerla quien considere que su derecho ha sido lesionado y es necesario para tal efecto el apoderamiento de un profesional del derecho;

En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier tiempo, mientras que la de restablecimiento del derecho debe ser presentada ante el juez en un término que, en la mayor parte de los casos, es de cuatro (4) meses, o de dos (2) años cuando se trata de acción indemnizatoria.

En relación con los efectos de la sentencia, la que se produce en proceso de nulidad los tiene "erga omnes", si la decisión es anulatoria, en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora; mientras que en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, la sentencia tiene efectos inter partes y respecto de terceros interesados.

Otros rasgos de estas dos acciones tienen que ver con el hecho de que la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda, lo que no sucede con la de nulidad y restablecimiento del derecho, que sí es desistible, con el cumplimiento de los requisitos de ley, y solamente a los terceros interesados les es permitido participar en un proceso de esa naturaleza. En el mismo orden de ideas, el fenómeno de la perención no opera, cuando se trata de acción de nulidad, lo que sí sucede en el caso de la otra acción.

Otro aspecto que distingue a las dos acciones tiene que ver con su procedibilidad, el cual se vincula directamente con la teoría de los motivos y finalidades.

#### VI. 1. 2. Teoría de los motivos y finalidades

La evolución de la jurisprudencia bajo la vigencia del código contencioso administrativo de 1941 puede clasificarse en materia de procedencia de las acciones de nulidad y de plena jurisdicción en dos etapas: una, el criterio del contenido del acto; dos, la teoría de los motivos y finalidades.

##### VI. 1. 2. 1. El criterio del contenido del acto

Antes de 1959 la jurisprudencia del Consejo de Estado estuvo influida por el criterio material en el sentido de que la procedencia de las acciones fue condicionada por el contenido del acto, pues si éste creaba situaciones jurídicas de carácter general, abstracto e impersonal, el interesado debía usar la acción de nulidad; si, por el contrario, el acto era de contenido particular, concreto y subjetivo, la acción pertinente sería la de plena jurisdicción. Decía la jurisprudencia: "... Se precisa el sentido y el alcance de la jurisprudencia a este respecto : a) Los actos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivas deben ser demandados mediante el ejercicio de la acción de nulidad ... b) Contra los actos, hechos u operaciones administrativos que establecen situaciones individuales y concretas únicamente procede la vía de la plena jurisdicción ... c) También la acción de nulidad procede contra los actos condiciones que interesan a la sociedad, tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación legal y reglamentaria que las inviste de un poder legal ..." (Auto, 29 de marzo de 1955, t. LX, núms. 377 - 381, pag. 468).

##### VI. 1. 2. 2. La formulación original de la teoría de los motivos y finalidades

En el año de 1959 se inició el cambio de orientación de la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto hace a la procedibilidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cambio que luego se consolidaría en el año de 1961.

Consideró el Consejo de Estado en la providencia de 1959 que el criterio tenido en cuenta por el legislador para distinguir las acciones de nulidad y de plena jurisdicción fue el de la preexistencia del derecho, cuando dijo que "La razonabilidad de esa diferencia está en relación directa con los objetivos y finalidades de las dos acciones, ya que la primera sólo tiene por mira la restauración de la legalidad y del orden jurídico general al obtenerse por la jurisdicción ... la nulidad del acto jurídico que se dice causante del respectivo quebrantamiento, y por el contrario, la segunda, más que volver por el imperio de la normalidad legal violentada, desde un punto de vista genérico y altruista, lo que procura dentro del llamado por la ley 'restablecimiento del derecho', no es cosa distinta a la de que se declare a cargo del Estado una indemnización no siempre de orden moral simplemente, sino de índole patrimonial" (Sent. 1º de diciembre 1959, tomo LXII, núms. 387-391, pag. 55).

Sin embargo, esa tesis no era aceptada de manera indiscutida, pues en sentencia de la misma fecha (v. pág. 47 del número precitado de los Anales ), el Consejo retuvo la tesis del contenido del acto como indicador de la procedencia de la acción.

Algunos meses después, la teoría de los móviles y finalidades encuentra su formulación acabada en la sentencia de agosto 10 de 1961, tomo LXIII, núms. 392-396, p. 202), con ponencia de CARLOS GUSTAVO ARRIETA ALANDETE, en donde se dijo:

"No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia. ...los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores,, y que sus finalidades son las de someter la administración pública al imperio del derecho objetivo.

"Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas legales asignan a la acción. Es presumible esta similitud ... cuando se acciona por la vía del contencioso popular de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva, que afecta directamente a la comunidad ... Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares, (caso en el cual) la doctrina de los motivos y finalidades opera en

dos formas : si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses...

"El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desarrolla en torno de dos extremos únicamente : la norma violada y el acto violador. En el precepto comentado ( art. 67 ) se señala como motivo determinante de la acción de plena jurisdicción, el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero sólo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva. La ley establece así el lindero preciso de los dos contenciosos. El contencioso privado de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal. En la regulación del artículo 67, la acción se desenvuelve en torno de estos tres elementos : la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella y el acto violador de aquélla y éste.

#### VI. 1. 2. 3. La pretensión como elemento de distinción

Posteriormente, 11 años más tarde, la Corporación reiteró y precisó la doctrina de 1961, al introducir la idea de "*pretensión litigiosa*", como elemento de distinción entre las dos acciones. Se dijo en esa oportunidad, en auto de 8 de agosto de 1972, Mag. Pon. Dr. HUMBERTO MORA, que las acciones de nulidad y de plena jurisdicción se distinguían en el sentido de que la primera buscaba la tutela del orden jurídico abstractamente considerado, sobre la base del principio de jerarquía normativa, lo cual originaba un proceso que, en principio, no llevaba implicado un litigio o contraposición de pretensiones; en tanto que la segunda, tenía por objeto la garantía de derechos privados, vulnerados por actuaciones de la administración, lo cual se lograba mediante el restablecimiento del derecho o el resarcimiento del daño. Agregaba el comentado auto que "... *la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico...*; pero si mediante la petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación ..., se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción" (Anales, tomo LXXXIII, Números 435-436, págs. 372 a 381).

#### VI. 1. 2. 4. El estado actual de la teoría en la jurisprudencia de la Sala Plena

El desarrollo jurisprudencial de la última década ha tenido que ver, de manera principal, con la procedencia de la acción de nulidad frente a actos creadores de situaciones jurídicas individuales, posición que en alguna medida implica reconsideración del tratamiento que se le venía dando a la materia en ese punto específico.

##### VI. 1. 2. 4. 1. Actos de contenido particular señalados en la ley

Dentro de su proceso de evolución, la teoría de los motivos y finalidades fue objeto de algunas precisiones, mediante auto de 2 de agosto de 1990, de la Sección Primera, con ponencia de PABLO CACERES, en relación con la acción de nulidad frente a actos particulares. Se dijo en dicho auto lo siguiente: "*Si observamos la evolución legislativa desde la ley 167 de 1941, código bajo cuyo imperio se formuló la jurisprudencia de 1961, encontramos que la procedencia de la acción pública contra actos de contenido particular y concreto está precisamente regulada por la ley. El legislador colombiano ha venido considerando, en las diversas normas procesales expedidas desde 1941 hasta el Decreto extraordinario 2304 de 1989, cuáles relaciones individuales y concretas (creadas en el seno del derecho público) pueden afectar gravemente el orden jurídico y, por supuesto la vida social y, con esa presunción indiscutible (originada en la esencia política de la potestad legislativa), ha señalado expresamente los casos en que cualquier persona puede atacar ante el juez los actos administrativos de contenido individual*". Cita como ejemplos, las acciones de nulidad electoral, consagrada en los artículos 223 y ss del código contencioso administrativo; de nulidad de cartas de naturaleza, prevista en los artículos 221 y ss ibídem; de nombramientos de empleados del control fiscal, artículo 57 de la Ley 20 de 1975, hoy derogada; de nombramientos ilegales de funcionarios, según los términos del Decreto legislativo Núm. 2898 de 1953, también derogado, y de marcas, según lo dispuesto por el artículo 585 y ss. del Código de Comercio. Dice el auto comentado que "*Es de vital importancia anotar ... que si la facultad de los ciudadanos de atacar jurisdiccionalmente actos administrativos de contenido subjetivo no tuviera limitación alguna y la acción del artículo 84 se pudiera emplear indiscriminadamente, no solo contra los actos generales o reglamentarios, sino contra todos aquellos creadores de situaciones particulares, derechos o relaciones de esta naturaleza, sin excepción alguna, carecería totalmente de sentido que la ley hubiera establecido expresamente las acciones de nulidad en los casos arriba enlistados y en otros que la sabiduría del legislador dispondrá en su oportunidad. En tal supuesto bastaría la simple acción de nulidad de que habla el artículo 84 del C. C. A. para gobernar todas las hipótesis en que se impugnaran actos por cualquier persona. Lo contrario es dejar al garete, a la deriva y sin gobierno los derechos individuales y quitarle a los actos administrativos particulares la virtud de ser ejecutorios. Es, sencillamente, acabar con el principio básico de la seguridad de las relaciones jurídicas que vertebra el derecho colombiano y le hace indispensable en el mantenimiento del sistema político*".

El auto que acaba de citarse fue adoptado por la Sección Primera en la sentencia de 28 de agosto de 1992, en donde se reiteró lo siguiente: "*La acción de nulidad procede contra los actos generales y aquellos actos particulares que la ley señala, y señale en el futuro, expresamente, si tienen como motivos determinantes la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta sobre la base del principio de la jerarquía normativa y si persiguen como finalidad someter a las entidades públicas y a las personas privadas que desempeñen funciones administrativas al imperio del derecho objetivo...*

"La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por su parte, cabe contra los actos de carácter general y de carácter particular si se tienen como motivos determinantes de su ejercicio el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, en cuanto ampare una situación jurídica subjetiva, y si tiene como finalidad la garantía de los derechos privados, civiles o administrativos, violados por un acto administrativo..."

VI. 1. 2. 4. 2. Actos particulares de contenido económico o social

La Sección Primera consideró posteriormente que la doctrina de los motivos y finalidades contra actos particulares, en la modalidad que acaba de enunciarse, se podía ampliar en el sentido de que la acción de simple nulidad procediera contra actos creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas, a pesar de que ello no hubiera sido expresamente previsto en la ley, *"cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social o económico. En estos casos, no obstante, deberá vincularse al proceso a la persona directamente afectada con el acto"*. (Sentencia de 26 de octubre de 1995, Consejero Ponente: LIBARDO RODRIGUEZ).

VI. 1. 2. 4. 3. La posición de la Sala Plena

En el mismo sentido anotado en los párrafos anteriores se pronunció la Sala Plena de la Corporación en el caso de Cusiana, sentencia de octubre 29 de 1996, con ponencia de DANIEL SUAREZ HERNÁNDEZ, cuando dijo :

*"En virtud de las anteriores consideraciones y en procura de reafirmar una posición jurisprudencial en torno de eventuales situaciones similares a la que ahora se examina, estima la Sala que además de los casos expresamente previstos en la ley, la acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos. De otra parte, el criterio jurisprudencial así aplicado, habrá de servir como de control jurisdiccional frente a aquellos actos administrativos que no obstante afectar intereses de particulares, por su contenido y trascendencia impliquen, a su vez, el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación"*.

Esa tesis de la Sala Plena ha sido reiterada en varias oportunidades por las distintas secciones de la corporación, pues ella constituye un importante elemento de seguridad en las situaciones jurídicas creadas por los actos administrativos de carácter particular. Dicho criterio se seguirá en la solución del asunto sub examine.

VI. 2. EL CRITERIO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y SUS LIMITES

En este aparte se hará un resumen de la decisión de la Corte Constitucional en relación con el valor que dicha corporación asigna a la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de procedibilidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, así como sobre el valor que el Consejo de Estado asigna a la jurisprudencia de aquella corporación en la materia.

VI. 2. 1. La decisión de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, en sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002, declaró la exequibilidad de la norma acusada en los términos siguientes :

*"Declarar EXEQUIBLE el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tal y como fue subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto, en los términos de la parte motiva de esta Sentencia"*.

VI. 2. 2. La declaratoria de inconstitucionalidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado

Mediante la acción pública de inconstitucionalidad, que concluyó con la decisión de que da cuenta el numeral anterior, en donde se había demandado la inexecutable o la exequibilidad condicionada del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, con fundamento en la tesis de que es posible plantear juicios de inconstitucionalidad contra interpretaciones que de las normas jurídicas hagan los operadores jurídicos, cuando las mismas involucran un problema de carácter constitucional, el actor estimó que la inconstitucionalidad de la norma atacada se originaba en la interpretación que el Consejo de Estado ha hecho de ella, en el sentido de impedir que un acto particular y concreto pueda ser controvertido por medio de la acción de simple nulidad, si la sentencia que intervenga restablece el derecho del actor o el acto no tiene trascendencia social. Agrega que las secciones primera y tercera del Consejo de Estado han tenido posiciones disímiles, pero que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante decisión de unificación de jurisprudencia, se pronunció sobre el alcance de la doctrina de los móviles y finalidades, la cual viola el derecho de acceso a la administración de justicia, pues el artículo 84 del C. C. A. exige únicamente para que proceda la acción de simple nulidad que el acto acusado se encuentre incurso en una de las causales de anulación, y, además, que dicha doctrina desconoce el derecho al debido proceso y en particular el derecho de defensa.

En el curso del proceso intervinieron el Ministerio Justicia y del Derecho, la facultad de derecho de la Universidad Nacional de Colombia, el decano de la facultad de jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y un grupo de ciudadanos.

Las consideraciones de la comentada decisión fueron las siguientes: la Corte Constitucional pretende *"... establecer si el alcance normativo reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado al artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (C.C.A.), en el sentido de condicionar la procedencia de la acción de simple nulidad contra los actos de contenido particular, a los casos en los que la ley lo consagre expresamente o cuando éstos representen interés para la comunidad, resulta contrario a las garantías constitucionales de defensa y acceso a la administración de justicia, particularmente, por no estar contenidas tales exigencias en el texto del precepto acusado ni deducirse de la regla que allí se fija"*.

Después de reconocer que los conflictos jurídicos que surjan como consecuencia del proceso de aplicación de las normas legales han de ser

resueltos por los jueces ordinarios y especializados a quienes se les asigna dicha función, la Corte agrega : "...El hecho de que a un enunciado normativo se le atribuyan distintos contenidos o significados, consecuencia de la existencia de un presunto margen de indeterminación semántica, conlleva a que la escogencia práctica entre sus diversas lecturas trascienda el ámbito de lo estrictamente legal y adquiera relevancia constitucional, en cuanto que sus alternativas de aplicación pueden resultar irrazonables y desconocer mandatos superiores". Y continúa así : "... si una preceptiva legal puede ser interpretada en más de un sentido por parte de las autoridades judiciales que tienen a su cargo la aplicación de la ley, y alguna de ellas entra en aparente contradicción con los valores, principios, derechos y garantías que contiene y promueve la Constitución Política, corresponde a la Corte adelantar el respectivo análisis de constitucionalidad con el fin de establecer cual es la regla normativa que, consultando el espíritu del precepto, en realidad se ajusta o se adecua a la Carta Política".

Más adelante añade: "... cuando lo que se impugna es la orientación jurisprudencial dominante de un texto legal, no puede limitarse a la mera confrontación exegética entre éste y el Estatuto Superior, sino que debe extenderse también al plano de la interpretación procediendo a 'diligenciar los distintos sentidos posibles de los supuestos impugnados, las interpretaciones que resultan intolerables y los efectos jurídicos diversos o equívocos que contrarían la Constitución'. De este modo, el principio de prevalencia o supremacía de la Carta, contenido en el artículo 4º Superior, se hace extensivo tanto al tenor literal de la ley como al significado abstracto y real fijado por la autoridad judicial responsable - derecho viviente-, ya que en un Estado de Derecho no pueden subsistir aplicaciones normativas irrazonables que desborden el marco jurídico que fija la Constitución'. Y concluye esta parte en los términos siguientes: "... es indudable que la función de garantizar la vigencia efectiva de la Constitución, incluye, bajo ciertos parámetros de procedibilidad, la de verificar que los jueces y demás autoridades públicas interpreten y apliquen las leyes en armonía con las prescripciones superiores, pues la Constitución, como norma de normas, constituye el orden jurídico fundamental del Estado y, por ende, el eje central de todo el derecho interno'.

En relación con el planteamiento hecho en la demanda, la Corte considera que "... la interpretación que el Consejo de Estado ha hecho de la norma y su ulterior cuestionamiento por parte de los distintos sujetos procesales ... , involucra sin lugar a equívocos un problema de interpretación constitucional que obliga a este organismo de control a asumir la competencia en el presente caso, con el propósito de definir si el sentido reconocido al precepto acusado por el máximo organismo de la jurisdicción contenciosa, que a su vez determina la forma como en la práctica éste viene siendo aplicado y que constituye la orientación dominante del texto en cuestión, armoniza con las garantías constitucionales que se aducen como violadas".

Considera la Corte que el acceso a la administración de justicia tiene el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, integrado al núcleo esencial del derecho al debido proceso, de contenido múltiple o complejo, que compromete el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, concretado en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al estado, en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares, entre otros. El acceso a la administración de justicia, según la Corte, es un derecho de configuración legal, cuyo desarrollo debe estar orientado a garantizar el marco jurídico de su aplicación, comprensivo de los derechos de acceso a un juez imparcial, a obtener la sentencia que resuelva las pretensiones planteadas y a que el fallo se cumpla. Agrega, en relación con la previa definición de las condiciones y requisitos de operatividad, que el acceso a la justicia no se entiende agotado con el mero diseño normativo sino que, en consonancia con el principio de efectividad que lo identifica, su ámbito de protección constitucional obliga igualmente a que tales reglas sean interpretadas a la luz del ordenamiento superior.

En relación con el caso que le fue planteado, la Corte dice que la procedencia de una u otra acción no está determinada por el contenido del acto, ni por los efectos que de éstos se puedan derivar sino por la naturaleza de la pretensión que se formule, pues "La promoción o iniciación del proceso, su desarrollo e instrucción y la posterior decisión, encuentran como referente válido la declaración de voluntad del demandante o lo que éste pida que se proteja, sin que tenga por qué incidir en la actuación la condición del acto violador o sus efectos más próximos.

"En esos términos, si la pretensión procesal del administrado al acudir a la jurisdicción se limita tan sólo a impugnar la legalidad del acto administrativo, no existe razón para desconocer el interés por el orden jurídico y privarlo del acceso a la administración de justicia, por la fútil consideración de que la violación alegada provenga de un acto de contenido particular y concreto que también afecta derechos subjetivos. Resultaría insólito y contrario al Estado de Derecho que la Administración, acogándose a criterios netamente formalistas que no interpretan fielmente los textos reguladores sobre la materia, se pueda sustraer del régimen legal que gobierna la actividad pública y, de contera, del control judicial de sus propios actos, como si unos - los de contenido general - y otros - los de contenido particular - no estuvieran sometidos al principio de legalidad."

Finaliza la Corte este aparte así : "Bajo este entendido, consultando el espíritu de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o a terceros. Siguiendo este mismo razonamiento, si lo que persigue el demandante es un pronunciamiento anulatorio y la consecuente reparación de los daños antijurídicos causados, lo que cabe es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a ejercitarse dentro del término de caducidad a que hace expresa referencia el numeral 2º (sic) del artículo 136 del C. C. A., para que el juez proceda no sólo a decretar la nulidad del acto sino también al reconocimiento de la situación jurídica individual que ha resultado afectada".

Dice luego que la regla de interpretación cuestionada, y sin que la ley disponga nada al respecto, le impide al ciudadano acceder a la jurisdicción para salvaguardar y hacer prevalecer el imperio de la ley, con la excusa de no haber solicitado en tiempo el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, desconociéndose así el principio de legalidad y "los mandatos constitucionales que subordinan el interés privado al interés público o social, y que difieren (sic ?) en la ley la facultad de regular los recursos, las acciones y los procedimientos necesarios, precisamente

*'para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico' ... teniendo en cuenta las atribuciones asignadas por la Carta Política a las distintas ramas del Poder Público, habrá de recordarse que la regulación de los procedimientos judiciales es competencia exclusiva y excluyente del legislador, de manera que sólo él es el llamado a fijar y definir los presupuestos procesales de las acciones y en particular de la acción de simple nulidad, sin que le sea posible al juez apartarse de ellos, modificando o alterando las reglas normativas en perjuicio de los administrados".*

Agrega la Corte que *"... si el imperativo constitucional del derecho a la tutela judicial es su efectividad, entendida ésta como el compromiso estatal de garantizar en forma real el acceso a la jurisdicción para lograr el restablecimiento del orden jurídico y la garantía de los derechos ciudadanos, puede asegurarse que la interpretación que viene haciendo el Consejo de Estado del precitado artículo 84 del C. C. A. desconoce este derecho medular..."*

Concluye la providencia en estos términos: *"... cuando una persona con interés directo pretenda demandar un acto de contenido particular y concreto, podrá alternativamente acudir al contencioso de anulación por dos vías distintas. Invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C. C. A. art 85), caso en el cual lo hace motivada por el interés particular de obtener el restablecimiento del derecho o la reparación del daño antijurídico como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto. En la medida en que esta acción no se intente o no se ejerza dentro de los cuatro meses de que habla la ley (C. C. A. art. 136-2), quien se considere directamente afectado o un tercero, podrán promover la acción de simple nulidad en cualquier tiempo (C. C. A. arts. 84 y 136-1), pero única y exclusivamente para solicitar de la autoridad judicial la nulidad del acto violador, dejando a un lado la situación jurídica particular que en éste se regula, para entender que actúan en interés general : la de contribuir a la integridad del orden jurídico y de garantizar el principio de legalidad frente a los excesos en que pueda incurrir la Administración en el ejercicio del poder público. En estos casos, la competencia del juez contencioso administrativo se encuentra limitada por la pretensión de nulidad del actor, de manera que, en aplicación del principio dispositivo, aquél no podrá adoptar ninguna medida orientada a la restitución de la situación jurídica particular vulnerada por el acto. Ahora bien, si se acusa un acto de contenido particular y concreto por vía de la acción de simple nulidad, y la demanda no se interpone por el titular del derecho afectado sino por un tercero, es imprescindible que el juez contencioso vincule al proceso al directamente interesado, con el fin de que éste intervenga y pueda hacer efectivas las garantías propias del derecho al debido proceso."*

Y remata la conclusión así :

*"... es menester precisar que cuando se demanda por vía de la acción de simple nulidad un acto de contenido particular y concreto que crea o reconoce un derecho subjetivo, pese a que el mismo haya sido declarado nulo en la respectiva sentencia, el juez de la causa está obligado a mantener intangible el derecho en cuestión ya que ... el pronunciamiento judicial en estos casos es única y exclusivamente de legalidad en abstracto", sin que el afectado pueda entrar a solicitar la reparación del daño antijurídico derivado de dicho acto.*

Las consideraciones que se acaban de citar de la decisión de la Corte muestran con claridad que dicha corporación judicial juzgó la jurisprudencia del Consejo de Estado contraria a la Constitución, pues en su opinión contrariaba los principios de libre acceso a la administración de justicia y, en consecuencia, del debido proceso.

#### VI. 2. 3. Los límites de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En un estado de derecho no pueden existir órganos con competencias ilimitadas, aun tratándose de órganos de control de superior jerarquía, pues los estados de esa clase se caracterizan precisamente por la distribución de competencias entre las distintas autoridades y por el respeto de las mismas. Cuando se desconoce ese principio limitante en la actuación de los órganos estatales, se corre el riesgo de anarquizar el ordenamiento jurídico y se crean condiciones de concentración de poder no previstas constitucionalmente y riesgos para el sistema de balanzas y contrapesos propios del sistema democrático. La distribución de competencias en el campo particular de elaboración de normas procesales es reconocida por la propia Corte como facultad del Congreso de la República, cuando en un aparte del fallo que se analiza, dice que *"... las atribuciones asignadas por la Carta Política a las distintas ramas del Poder Público ..."* en materia de producción de normas sobre procedimientos judiciales es de competencia exclusiva y excluyente del legislador. De manera que las normas reguladoras de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho sólo pueden ser dadas por el Congreso, a quien corresponde , según los términos del ordinal 2º del artículo 150 constitucional, *"Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones"*, no por la Corte Constitucional, que es un órgano cobijado por el principio que se acaba de enunciar. No puede este organismo adicionar el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, sin invadir la competencia del Congreso de la República.

Se ha aceptado pacíficamente, de otra parte, que las autoridades públicas y los órganos del estado en general pueden hacer únicamente aquello para lo cual tienen asignada atribuciones. En ese orden de ideas, el artículo 241 de la Constitución Política le confía a la Corte Constitucional, *"la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos ..."* de dicho artículo, que en materia de control de constitucionalidad de las leyes prescribe lo siguiente: *"Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación"*, o contra los decretos con fuerza de ley o los decretos legislativos, lo cual indica que la competencia de la Corte tiene unos límites precisos, fijados por la norma que se la otorga. No puede la Corte, sin desconocer los estrictos y precisos términos de esa facultad, extender su competencia a dominios no previstos en la norma que le asigna su competencia. Se trata de un control sobre las leyes o los decretos con fuerza de ley, desde los puntos de vista de su constitucionalidad material y formal. Y el concepto de ley, para estos menesteres, está claramente definido por la Constitución Política, como el acto emanado del Congreso de la República como expresión de la voluntad general, con el propósito, como dice el artículo 4º del Código Civil, de *"mandar, prohibir, permitir o castigar"*. También lo está el decreto con fuerza de ley.

Concordante con la norma constitucional que regula la competencia en materia de control de constitucionalidad, el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, constitutivo del Régimen Procedimental de los Juicios y Actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional, prescribe : " La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente con los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 24".

Cuando la Corte Constitucional, en el ejercicio de esa competencia, no decide sobre la petición de inconstitucionalidad de las leyes o de los decretos con fuerza de ley, mediante el procedimiento de confrontación de las disposiciones acusadas con los preceptos de la Constitución, sino que extiende su control, sin fundamento en el derecho positivo, a la interpretación que de las normas controlables hacen los jueces, con la pretensión de imponer sus criterios de interpretación a los operadores jurídicos, traslada el objeto de su competencia a una materia no prevista constitucionalmente e incurre en manifiesta no aplicación de la norma constitucional que le da la competencia y crea así una nueva acción de inconstitucionalidad referida a la jurisprudencia producida por los jueces de la República. Esa acción no tiene fundamento alguno en el derecho constitucional colombiano, que, de todos es sabido, es un derecho legislado, no pretoriano.

De otra parte, la decisión de la Corte que se examina desconoce el tenor claro del artículo 230 constitucional, cuyo texto obliga a todos los jueces, incluida la Corte Constitucional, cuando prescribe que "*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*"

"La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

De manera que el fallo de exequibilidad sobre determinada interpretación de una norma legal, para ser aceptable, tendría que dicha competencia estar consagrada expresamente, en términos estrictos y precisos, por una reforma constitucional, en donde además se tendría que reformar también el artículo 230 constitucional. De no ser así, se estaría en presencia de un derecho de creación jurisprudencial, en asuntos sobre los que existen normas expresas, lo cual es incompatible con nuestro ordenamiento jurídico.

De otra parte, un examen de conjunto de los mecanismos de control que garantizan la supremacía de la Constitución Política, debe tener presente que el control de constitucionalidad en Colombia no es competencia exclusiva de la Corte Constitucional, pues la Carta Política le asigna al Consejo de Estado atribuciones en la materia, como pasa a examinarse en los párrafos siguientes.

### VI. 3. EL CONSEJO DE ESTADO COMO JUEZ CONSTITUCIONAL

El ordenamiento jurídico colombiano ha instituido un control difuso de constitucionalidad, en donde la Corte Constitucional ejerce, entre otros, el control sobre las leyes "... *tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación...*", en "*los estrictos y precisos términos*" que establece la Constitución, mientras que el Consejo de Estado tiene la cláusula general de competencia para el control de constitucionalidad de los decretos que expida el gobierno, exceptuados los casos en los que la Constitución asigna dicho control a la Corte Constitucional, como sucede, a manera de ejemplo, con "los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución", o con los decretos con fuerza de ley.

Para el análisis del papel del Consejo de Estado como juez constitucional en el derecho colombiano debe tenerse en cuenta como punto de referencia la Constitución Política de 1991, pues en ese momento se produjeron cambios importantes en materia de control jurídico de la actividad estatal.

#### VI. 3. 1. El control de constitucionalidad del Consejo de Estado antes de 1991

Este control operaba, por lo general, en forma indirecta, a través del ejercicio de la acción de simple nulidad frente a los actos administrativos; y de manera directa, en casos especiales, relacionados con los llamados reglamentos autónomos, y cuando el juez aplicaba la excepción de inconstitucionalidad.

##### VI. 3. 1. 1. El control indirecto de constitucionalidad

El antiguo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), artículo 62, estructuraba el control de legalidad de los actos administrativos sobre la idea de jerarquía normativa, propia del ordenamiento jurídico, en el sentido kelseniano del concepto. Decía dicho artículo siguiente :

"Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los tribunales administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, los ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

"Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa".

En el mismo orden de ideas, el artículo 63 *ibídem* se refiere a las ordenanzas y demás actos de las asambleas departamentales, los cuales eran acusables por violación de la Constitución, la ley o el reglamento ejecutivo. También eran acusables los decretos, resoluciones y otros actos de los gobernadores por los mismos motivos y, además, por violación de las ordenanzas.

Así mismo, el artículo 64 preveía el control de legalidad para los actos de intendentes y comisarios, en términos similares al control de las ordenanzas.

Y, finalmente, el artículo 65 *ibídem* se refería al control de legalidad de los acuerdos y otros actos de los concejos municipales por ser contrarios a la Constitución, la ley, el reglamento ejecutivo, las ordenanzas departamentales o los reglamentos del Gobernador, así como al control sobre

los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal.

La Ley 167 de 1941, artículos 62 a 65, estructuraba el contencioso de legalidad de los actos de las autoridades administrativas en los distintos niveles de la Administración, esto es nacional, departamental, intendencial y municipal, sobre la idea de inconstitucionalidad, ilegalidad y violación de normas administrativas de carácter superior. Cuando se violaban esas normas constitucionales, legales o administrativas, cualquier persona podía solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de los actos de cualquier autoridad, sin importar su nivel dentro de la jerarquía de la organización administrativa.

Tenía así lugar un control de constitucionalidad de los actos de la administración que, por regla general, era de carácter indirecto, pues el acto administrativo violaba en primer término la ley y en segundo término la Constitución, pero nada se oponía a que ésta fuera violada directamente por la autoridad administrativa.

#### VI. 3. 1. 2. El control directo de constitucionalidad

La Constitución Política de 1886 permitía distinguir distintos grados del poder reglamentario del Presidente de la República, como eran el poder reglamentario tradicional, el poder reglamentario de leyes cuadros o leyes marcos y los llamados reglamentos autónomos. Esa distinción se mantiene hoy día.

La violación directa de normas constitucionales se presentaba con mayor nitidez en el caso de los llamados reglamentos constitucionales, caracterizados por la inexistencia de ley que reglamentar, pues se trataba de un poder jurídico que el Presidente de la República derivaba directamente de la Constitución Política. A través de esa clase de reglamentos, el Presidente desarrollaba directamente el texto constitucional, sin intermediación del Legislador, como sucedía por ejemplo con el célebre numeral 14 del artículo 120 de la antigua Constitución, cuyo texto le asignaba al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa la facultad de intervenir en el ahorro privado en los siguientes términos:

"Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado".

De esos reglamentos constitucionales la Constitución Política de 1886 traía varios casos, tal como sucedía con "*la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos*", a que se refería el artículo 41, en concordancia con el numeral 12 del artículo 120, que le otorgaba la facultad de "*Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional*"; o, como sucedía con la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, a manera de ejemplo.

Respecto del control jurídico de los actos que concretan el ejercicio del poder reglamentario, se observa que en la medida en que éste se libera de la ley, se ata más a la Constitución. Es así como el control del reglamento tradicional se vincula fundamentalmente a la ley que reglamenta de manera que sus eventuales vicios se reportan a un exceso en su ejercicio; mientras que el control del reglamento constitucional, en cuanto no hay ley que reglamentar, operará mediante confrontación directa de la norma reglamentaria con la Constitución Política.

Es en el punto que acaba de mencionarse en donde aparecía con claridad la facultad del Consejo de Estado como contralor de constitucionalidad de la actividad del Poder Ejecutivo, pues el control de legalidad en esos casos se transformaba realmente en control de constitucionalidad, ya que el punto de referencia de validez del reglamento no era la ley sino los principios constitucionales y, en particular, la norma que era objeto de desarrollo.

De otra parte, el ordenamiento jurídico colombiano ha consagrado siempre como mecanismo de control de la ley la excepción de inconstitucionalidad. Desde la época lejana de la reforma constitucional de 1910, bajo el imperio del antiguo orden jurídico, ya se consagraba en Colombia la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo que le permitía al juez en los casos particulares dar primacía a la norma constitucional sobre la norma de carácter legal.

Se tiene, a manera de conclusión parcial, que el Consejo de Estado, a la luz de las antiguas normas constitucionales y muchas décadas antes de que naciera la Corte Constitucional, ejercía las funciones de juez constitucional, de una parte, en forma indirecta, al poder referir el control de legalidad de los actos administrativos producidos por las autoridades de los distintos niveles de la administración pública en último grado a las normas de la Constitución Política, ya que el acto controlado debía respetar las normas de superior jerarquía; de otra parte, en forma directa, cuando se trataba de reglamentos constitucionales que, para efectos de su control, tenían como punto de referencia la Constitución Política, o en aquellos casos en los que el juez administrativo aplicaba la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control que permitía hacer prevalecer la Constitución.

#### VI. 3. 2. El control de constitucionalidad del Consejo de Estado después de 1991

La Constitución Política de 1991 fortaleció el papel del Consejo de Estado como órgano de control de la actividad estatal no solamente en el campo del tradicional y clásico control de legalidad sino también en materia de control de constitucionalidad, ya que además de las competencias de que gozaba de acuerdo con las normas de la Constitución anterior, las cuales se conservan, hoy cuenta con nuevas competencias de naturaleza constitucional.

Una primer elemento que debe tenerse presente es el hecho de que la propia Constitución Política consagra como mecanismo autónomo, diferente de la acción de simple nulidad, la acción de inconstitucionalidad. De acuerdo con el numeral 2 del artículo 237 constitucional,

"Son atribuciones del Consejo de Estado :

"Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional".

De otra parte, el numeral 9 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 le asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la función de "*Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*".

En el mismo orden de ideas, el numeral 7 del artículo 33 de la Ley 446 de 1998 modificó y adicionó el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo en el sentido de asignarle a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento "*De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa*".

Se observa, de acuerdo con las normas que vienen de citarse, que en materia de control de constitucionalidad el Consejo de Estado tiene una cláusula general de competencia en relación con los decretos que el gobierno expida en el cumplimiento de los cometidos estatales, mientras que la Corte Constitucional tiene en la misma materia una competencia de excepción.

Además de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos del Gobierno Nacional así como de la acción de simple nulidad, en donde se plantean, por regla general, problemas directos de legalidad, sin que ello excluya confrontaciones directas con la norma constitucional, existen otros casos en los que el juez administrativo interpreta y aplica las normas constitucionales, como sucede en las acciones de pérdida de investidura, de tutela y populares y de grupo.

Puede concluirse, entonces, que el derecho colombiano consagra un sistema de control difuso de constitucionalidad, en donde el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo tiene un papel en el control de constitucionalidad así como unas competencias plenamente autónomas, cuyo ejercicio no es susceptible de control ulterior por órgano estatal alguno.

#### VI. 4. EL CONSEJO DE ESTADO ES AUTÓNOMO EN LA PRODUCCIÓN DE SU JURISPRUDENCIA

Establecido así el hecho de que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un control difuso de constitucionalidad, cuyos titulares son la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, forzoso es concluir que ambos son órganos límites en el ejercicio de sus propias competencias, a menos que uno de ellos no respete los estrictos y precisos términos que le impone la Constitución en el cumplimiento de su función de control, caso en el cual su decisión se torna ilegítima.

De otra parte, el Consejo de Estado, por disposición del constituyente, tiene la calidad de "*tribunal supremo de lo contencioso administrativo*", según mandato vinculante del numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política. En esa condición de tribunal supremo, no tiene superior que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones en la administración de justicia, por la elemental razón de que dejaría de ser supremo, si sus fallos pudieran ser determinados por otra autoridad judicial o política. Solamente en el evento de que se reforme la Constitución en dicha materia, ello sería posible.

Existe una única hipótesis en el ordenamiento jurídico colombiano, en donde las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia pueden ser revisadas por la Corte Constitucional. Se trata de las sentencias de tutela que, de ser seleccionadas, pueden ser confirmadas o revocadas por dicho organismo. Cuando la Constitución quiere que ello sea así, lo dice expresamente, como sucede con los fallos de tutela.

En los demás casos, en el ejercicio de su labor de interpretación de la ley o de la Constitución, cuando se tiene competencia para ello, el único control posible, si el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia violan la Constitución es el juicio de responsabilidad política que debe adelantar el Congreso de la República.

Habida cuenta, entonces, de su calidad constitucional de "*tribunal supremo de lo contencioso administrativo*", sus decisiones no son susceptibles de cuestionamiento posterior por órgano alguno. Sería necesario una reforma constitucional para que ello fuera posible y como ésta no ha tenido lugar, cualquier pretensión de interferencia en la autonomía que debe caracterizar el cumplimiento de su función jurisdiccional, es inaceptable y le es inoponible en la toma de sus decisiones. Es principio incontrovertible que en la producción de su jurisprudencia el Consejo de Estado es autónomo.

#### VI. 5. LA FRAGILIDAD DE LA POSICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La arquitectura constitucional sobre distribución de competencias jurisdiccionales tiene su razón de ser en el principio de especialidad, con el fin de lograr solidez jurídica en la solución de los casos sometidos a decisión de cada uno de los órganos jurisdiccionales.

Hecha aparte la posición del Consejo de Estado en materia de interpretación de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, que como se ha dicho no es posible controvertir, si se examina en gracia de discusión el punto de vista expuesto por la Corte Constitucional, con ocasión de la demanda presentada, éste se revela frágil en sus fundamentos e incoherente en sí mismo y con el sistema normativo que regula la materia contencioso administrativa, pues se limita a examinar literalmente el texto del artículo 84, con olvido de las numerosas normas del código que guardan relación con la materia y que se ven afectadas con la decisión que se comenta. De su examen, se desprenden, entre otras, las siguientes observaciones :

VI. 5. 1. La decisión de la Corte desconoce el carácter de orden público de las normas procesales.

Sea lo primero observar que la decisión que se analiza desconoce el carácter de orden público de las normas procesales, al permitirle al actor escoger a voluntad el juez de conocimiento de su causa, alterando así las reglas de competencia. En efecto, al transmutar, a voluntad, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en acción de simple nulidad, por no pedir expresamente el restablecimiento del derecho, la Corte Constitucional permite que el actor convierta los asuntos contencioso administrativos de dos instancias en procesos de única instancia ante el Consejo de Estado, al no fijar en la demanda una cuantía en las pretensiones y afirmar que actúa en aras de preservar la legalidad abstracta. De una pincelada queda borrado el capítulo sobre distribución de competencias entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos de departamento. De manera que a partir de la fecha, si se siguiera el criterio recomendado por la Corte, los asuntos del orden nacional que en acción de nulidad y restablecimiento del derecho son de conocimiento de los tribunales en primera instancia quedan convertidos en asuntos sin cuantía, de conocimiento del Consejo de Estado, en única instancia.

VI. 5. 2. La decisión comentada institucionaliza la vía de hecho.

Al afirmar la providencia "... que cuando se demanda por vía de la acción de simple nulidad un acto de contenido particular y concreto o reconoce un derecho subjetivo, pese a que el mismo haya sido declarado nulo en la respectiva sentencia, el juez de la causa está obligado a mantener intangible el derecho en cuestión ya que ... el pronunciamiento judicial en estos casos es única y exclusivamente de legalidad en abstracto", la Corte consagra la vía de hecho como generadora de derecho, pues es sabido que la actuación de la administración tiene como respaldo el acto administrativo, que se presume legal, de manera que si la situación creada queda sin el respaldo jurídico del acto que la crea o modifica, dicha situación se convierte en vía de hecho, con carácter intangible, en criterio de la Corte.

VI. 5. 3. La decisión de la Corte acaba con la figura del decaimiento administrativo. De acuerdo con el ordinal 2º del artículo 66 del C. C. A. , los actos administrativos perderán su fuerza ejecutoria "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho", norma que queda modificada por la sentencia que se comenta, pues a pesar de que se haya declarado la nulidad del acto que le sirve de fundamento, el juez está obligado a mantener intangible la situación que de allí nace. Esa interpretación conduciría, a manera de ejemplo, a situaciones absurdas, como aquélla en donde se decreta la nulidad del acto de reconocimiento de una pensión manifiestamente ilegal, pero subsiste la obligación del estado, a pesar de que no haya sustento jurídico, de seguir reconociendo los derechos que allí se generaron.

VI. 5. 4. La decisión de la Corte borra del derecho procesal administrativo la noción de legitimación de la parte demandante. El fundamento jurídico de situaciones creadas por actos administrativos particulares podría, de coincidir la jurisprudencia del Consejo de Estado con el criterio expuesto por la Corte, ser discutido en cualquier tiempo, por los interesados o por terceros que nada tienen que ver con el asunto planteado, introduciendo así un peligroso elemento de inseguridad jurídica. Piénsese, nada más, en la posibilidad de controvertir, en cualquier tiempo, la legalidad de licencias o permisos otorgados a las empresas de transporte terrestre o de servicio aéreo, la de actos que sirven de fundamento a la inversión extranjera, o las sanciones impuestas en materia tributaria o aduanera, o en materia disciplinaria, o los actos administrativos que reconocen prestaciones sociales. Sería el retorno permanente de la litigiosidad en los tribunales en asuntos ya definidos, con una carga profunda de inseguridad jurídica en las relaciones sociales.

VI. 5. 5. La decisión de la Corte elimina el término de caducidad de la acción. Como es sabido, el restablecimiento del derecho, que puede ser automático, debe ser solicitado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de la acción, que es precisamente uno de los elementos que la distingue de la acción de simple nulidad. De acuerdo con el criterio de la Corte, a pesar de que comporte restablecimiento automático del derecho, podrá intentarse la acción de nulidad en cualquier tiempo.

VI. 5. 6. La decisión de la Corte desnaturaliza el procedimiento de la vía gubernativa. Para ocurrir ante lo contencioso administrativo, cuando se trata de actos particulares es necesario el cumplimiento del presupuesto procesal de agotamiento de la vía gubernativa, con el objeto de que la Administración conozca los motivos de disenso del interesado, lo que no sucede en el ejercicio de la acción de simple nulidad, caso en el cual se demanda directamente ante la jurisdicción. Dado que se podría demandar un acto particular a través de cualquiera de las dos acciones, cuando ello se haga a través de la acción de simple nulidad, dicho agotamiento no sería necesario, en tanto que si demanda el interesado, dentro del término de ley, éste tendría que haber agotado previamente la vía gubernativa.

VI. 5. 7. La decisión de la Corte escinde en dos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dice la decisión comentada que un acto particular puede ser demandado a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, o de simple nulidad, escindiendo así la primera de dichas acciones, con el olvido de que el mismo legislador quiso que en unos casos, cuando se pide el restablecimiento del derecho, la nulidad del acto que le sirve de soporte a esos derechos debe ser buscado a través del procedimiento especial de la acción subjetiva. Y así debe ser porque los actos de contenido particular son los que pueden generar vulneración del derecho subjetivo, que servirá luego para solicitar su restablecimiento, si el acto que le sirve de fundamento está viciado de nulidad; más, no cuando se trata de actos de contenido general, que, como es sabido, no causan esa vulneración sino que crean cargas públicas, que los ciudadanos deben soportar como el precio de vivir en sociedad, a menos que dichas cargas constituyan un sacrificio especial que deba ser colectivizado.

VI. 5. 8. La decisión de la Corte confunde los intereses público y privado. La observancia de las normas procesales es de interés público, trátase de cualquiera de las acciones reguladas en el código contencioso administrativo. Estas constituyen los caminos que el ordenamiento ha previsto para acceder a la administración de justicia, cada uno de los cuales tiene su propia especificidad, sin que la obligación que tiene el actor de escoger uno u otro implique la prevalencia del interés privado sobre el público, o viceversa. Cuando esa especificidad no se respeta, se introduce un indeseable elemento de desorden que afecta la seguridad jurídica.

VI. 5. 9. La decisión de la Corte desconoce las normas legales sobre nulidad contra actos administrativos de contenido particular. Las normas jurídicas que regulan la procedencia de la acción de simple nulidad contra actos de contenido particular fueron desconocidas por la decisión de la Corte, al volverlas ineficaces, si se aplica el criterio de que cualquier acto particular puede ser demandado en acción de simple nulidad. No se entendería para qué el legislador hizo esas previsiones, si a través de la acción de simple nulidad también puede controvertirse la legalidad del acto que sirve de fundamento a la situación jurídica individual.

VI. 5. 10. La decisión de la Corte pretende reformar la Constitución Política al crear la acción de inexequibilidad contra la jurisprudencia de los jueces. El ordenamiento constitucional es claro en el sentido de que la Corte Constitucional tiene una competencia limitada a declarar la exequibilidad o inexequibilidad de una ley, o de un decreto con fuerza de ley, a través de la acción del mismo nombre. Única y exclusivamente hasta allí llega su competencia, la cual debe ser ejercida dentro de los "estrictos y precisos términos" establecidos en la Constitución y ésta no ha previsto acciones de órgano estatal alguno contra la jurisprudencia de los tribunales, pues una posición distinta no tendría en cuenta las atribuciones asignadas por la Carta Política a las distintas ramas del Poder Público.

## VI. 6. LA SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

VI. 6. 1. El acto acusado. El acto acusado es la Resolución No. 0074 de 5 de febrero de 1997, por medio de la cual el Secretario General del Ministerio de Agricultura reconoció a la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá - ASOFUC-personería jurídica, con domicilio en el municipio de Ubaté, departamento de Cundinamarca. Esta resolución fue notificada al Presidente de ASOFUC el día 3 de marzo de 1997 y se le indicó que contra ese acto procedía el recurso de reposición ante el Ministerio de Agricultura, pero no aparece en el expediente que haya sido publicada. Según el Acta No. 01, a la asamblea de 28 de noviembre de 1996 asistieron treinta y dos ( 32 ) usuarios.

Según sus Estatutos, ASOFUC es una entidad de carácter privado, sin ánimo de lucro, con los siguientes objetivos : 1) Promover, desarrollar y estimular la producción agropecuaria; 2) Administrar los fondos que se recauden provenientes de cuotas ordinarias y extraordinarias que se establezcan; 3) Organizar el sistema de aprovechamiento del recurso agua entre los beneficiarios; 4) Gestionar ante las entidades especializadas el servicio de asistencia técnica, mejorar y ampliar el sistema con el fin de incrementar la producción agrícola y pecuaria; 5 ) Cumplir las obligaciones adquiridas con el organismo ejecutor, y 6) Velar por la defensa y conservación de las cuencas hidrográficas circunscritas al Distrito ( v. folio 31 ).

Se trata, como puede observarse, de un acto de contenido particular que tiene que ver con el reconocimiento de personería jurídica a una asociación privada sin ánimo de lucro, respecto del cual cabe, como lo señala el propio acto, el recurso de reposición ante el Ministerio de Agricultura, ( v. folio 7 ), de donde se colige que el acusado es un acto de contenido particular, susceptible de agotamiento de la vía gubernativa, cuya notificación estuvo mal hecha al no indicarse con precisión la autoridad ante la cual debía tramitarse el recurso en cuestión, como tampoco se ordenó la publicación del mismo acto para que los terceros interesados tuvieran oportunidad de conocer su contenido, por lo cual, desde este punto de vista, puede afirmarse que la notificación no surtió sus efectos legales y, en consecuencia, no corrió el término de caducidad.

El acto acusado creó, entonces, una situación jurídica de carácter particular, no pasible, según la ley y la jurisprudencia de esta Corporación, de la acción de simple nulidad, razón por la cual, en aras de la prevalencia del derecho sustancial, la acción incoada por la actora se interpretó como de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, el reconocimiento de personería jurídica de una asociación de carácter privado, no es uno de esos actos calificados por la ley como susceptible de ser atacado por medio de la acción de simple nulidad, ni tampoco dicho acto comporta "... un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos", que merezca el tratamiento del contencioso objetivo, según los términos de la sentencia de 10 de agosto de 1996, que ahora se reitera.

Asumida la acción como de nulidad y restablecimiento del derecho , se verificó el interés de la accionante, el cual se dedujo del carácter que alega de organismo ejecutor de los Distritos de Adecuación de Tierras que a su juicio le otorgó el artículo 42 de la Ley 3ª de 1961, por medio de la cual se creó dicha entidad, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 41 de 1993, así como de su participación en el proceso de otorgamiento de la personería jurídica. De manera que el derecho lesionado radica en el desconocimiento del papel institucional de la parte demandante como organismo ejecutor, cuya pretensión naturalmente carece de cuantía.

En cuanto a la caducidad, como presupuesto sustancial de la acción, nada se pudo establecer inicialmente porque en el momento de dictar el auto admisorio de la misma no se observaba la fecha en la cual la actora fue notificada del acto acusado, como parte interviniente en el proceso de formación del mismo. Siendo ello así, debió concluirse que el término de caducidad para introducir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no operó, debiendo la Sección, en consecuencia, asumir el conocimiento de fondo de la controversia planteada. Ahora, para decidir, se pudo establecer que la notificación no fue hecha en forma regular, como se anotó en párrafos anteriores.

## VI. 6. 2. El análisis de legalidad del acto acusado

Los cargos formulados por la parte demandante contra el acto acusado se refieren a su expedición irregular y a falsa motivación, los cuales sustenta así:

a.- La expedición irregular radica en que el acto acusado tiene como único soporte un concepto de viabilidad jurídica emitido por el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras -INAT-, quien carecía de competencia por no ser el organismo ejecutor del Distrito y dicha entidad, además, se abstuvo aparentemente de verificar si la Asociación había celebrado asamblea de constitución con las formalidades que ese acto exige, tales

como quórum suficiente, de acuerdo con las regulaciones del CONSUAT, o aprobación de los estatutos en debida forma. Debe tenerse en cuenta que la condición de usuario no puede ser asimilable a la de asociado. De manera que en cuanto a lo primero se violó el parágrafo primero del artículo 1º del Decreto 1380 de 1995; en relación con la falta de requisitos, la solicitud de ASOFUC violó ese mismo artículo, ya que no cumplió con las exigencias allí establecidas así como en el artículo 8 de la Resolución Núm. 019 de 1995 del CONSUAT, pues en ninguno de los documentos consta la voluntad de un número no inferior al 60% de los más de 5.000 usuarios del Distrito.

Al respecto se tiene que el artículo 1º y sus párrafos 1º y 2º del Decreto 1380 de 1995, "Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 21 de la Ley 41 de 1993", señalan:

"ARTICULO 1º- Para el reconocimiento e inscripción de las asociaciones de usuarios de los distritos de adecuación de tierras se requiere la siguiente documentación:

Acta de la asamblea de constitución y elección de dignatarios;

Estatutos y constancia de su aprobación por la asamblea de asociados, y

Relación de asociados con su respectiva identificación y dirección domiciliaria.

PARÁGRAFO 1º- La documentación a que se refiere el presente artículo deberá ser remitida al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por conducto de los organismos ejecutores de los distritos de adecuación de tierras de que trata el artículo 14 de la Ley 41 de 1993, los cuales emitirán concepto sobre la viabilidad de la solicitud de reconocimiento e inscripción.

PARÁGRAFO 2º- Cuando el organismo ejecutor de los distritos de adecuación de tierras sea una entidad de carácter privado, la documentación y la viabilidad correspondiente deberán ser tramitadas por conducto del Instituto Nacional de Adecuación de Tierra, INAT".

A su vez, el artículo 8 de la Resolución Núm. 019 de 1995 del CONSUAT reproduce en buena parte el antes transcrito, a saber:

"ARTICULO 8.- El reconocimiento de la personería jurídica debe solicitarse al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante oficio suscrito por el presidente provisional de la Asociación, acompañando los siguientes documentos:

- 1) Copia autenticada del acta de la Asamblea de Constitución y elección de dignatarios provisionales.
- 2) Copia autenticada de los Estatutos y constancia de su aprobación por la Asamblea de Asociados.
- 3) Relación de Asociados, con indicación de su domicilio y documentos de identidad si es persona natural; si se trata de persona jurídica, certificado de existencia y representación legal."

El problema se concreta, entonces, en establecer el organismo ejecutor del distrito de riego de Fúquene - Cucunubá para la época del trámite de la personería en cuestión y si la respectiva solicitud cumplió con los requisitos previstos en las normas precitadas.

a. 1.- Con relación al punto primero, el artículo 14 de la Ley 41 de 1993 prevé:

"ARTICULO. Concepto.- Son organismos ejecutores de los Distritos de Adecuación de Tierras, el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, Himat, y aquellas entidades públicas y privadas que autorice el Consejo Superior de Adecuación de Tierras."

De suerte que según esa norma, el carácter de organismo ejecutor se establece por disposición de la misma, en cuanto señala al HIMAT y a los que señale el CONSUAT.

En lo que corresponde al HIMAT, se observa que pasó a llamarse INAT en virtud del artículo 17, parágrafo 2º, de la Ley 99 de 1993, cuyo texto prescribe : "Trasládense al IDEAM las funciones que en materia de hidrología y meteorología tiene actualmente asignadas el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, Himat, el cual en lo sucesivo se denominará Instituto Nacional de Adecuación de Tierras, INAT", lo que significa sin lugar a dudas que en lo concerniente a la materia que interesa al sub lite, la adecuación de tierras, siguió a cargo del HIMAT, ahora con el nombre de INAT, y como tal sigue siendo órgano ejecutor de los distritos en comento.

En ese orden de ideas, la Sala observa que en la motivación del acto acusado se indica como organismo ejecutor del aludido distrito precisamente al INAT, circunstancia que resulta concordante con las normas precitadas.

Sin embargo, la actora aduce su condición de organismo ejecutor del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá - ASOFUC-, con fundamento en el artículo 42 de la Ley 3ª de 1961 por medio de la cual se creó la CAR, dado que esa norma ordenó la cesión a ella, en calidad de aporte, de las obras construidas en su territorio para el control y la regulación de las aguas, y desde aquel entonces asumió la administración y manejo de dicho distrito, concebido como un sistema hidráulico de adecuación de tierras con un área de influencia comprendida por dos unidades ( una norte y otra sur ), adoptó el reglamento general para su funcionamiento, debiendo entregarlo a los respectivos usuarios con base en la Ley 41 de 1993, quienes deben organizarse para ello en forma de asociación.

El citado artículo 42 de la Ley 3ª de 1961 dice: "Autorízase al Gobierno Nacional, al Instituto de Aguas y Fomento Eléctrico y a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para ceder a la Corporación, en calidad de aporte, las obras de su propiedad construídas en el territorio de la

*Corporación para el control y la regulación de las aguas. En la misma forma se cederá a la Corporación el valor de las cuotas pendientes por impuesto de valorización a cargo de los beneficiarios de las obras de desecación de los pantanos de Fúquene".*

Si bien la Junta Directiva de la CAR profirió el Acuerdo Núm. 031 de 1991, "Por el cual se adopta el Reglamento General para el funcionamiento del Distrito de Riego y Drenaje de Fúquene-Cucunubá", los anteriores antecedentes jurídicos no indican que esa entidad sea organismo ejecutor de distritos de riego y adecuación de tierras, ni que lo sea específicamente del de Fúquene y Cucunubá. Por una parte, no es cierto que la disposición transcrita hizo la cesión invocada, sino que apenas la autorizó para que la efectúe el Gobierno Nacional y demás entidades en ella enunciadas, ni la cesión en sí misma determina que la CAR se constituya en organismo ejecutor del referido distrito. Si así hubiera sido, en caso de que la cesión se hubiera realizado, cosa que no está acreditada en el proceso, la Ley 41 de 1993, que justamente regula los distritos de riego y adecuación de tierras, la hubiera incluido en su artículo 14 al definir los organismos ejecutores.

De otra parte, en el expediente no obra ni se menciona acto alguno del CONSUAT que autorice a la CAR como organismo ejecutor de los distritos de adecuación de tierra, en general ni en particular, respecto del de Fúquene y Cucunubá.

A ello se agrega que el INAT está llamado a ser el organismo ejecutor en general de los distritos de adecuación de tierras, exceptuándose los que el CONSUAT asigne a otro organismo, según se desprende del mismo artículo 14 de la Ley 41 de 1993, y del artículo 1º, parágrafos 1º y 2º, del Decreto 1380 de 1995, en cuanto el primer párrafo se remite a los organismos ejecutores de que trata el artículo 14 citado, dentro de los cuales se entiende que está el INAT, para efectos del concepto de viabilidad de la solicitud de personería, y el segundo párrafo prevé que el INAT dé ese concepto cuando dicho organismo es privado, y se advierte que en el sub lite no obra ni la CAR ha mencionado acto alguno del CONSUAT que la autorice para actuar como organismo ejecutor del distrito en mención.

En conclusión, la actora no ha desvirtuado lo expuesto en las consideraciones del acto acusado en el sentido de que el organismo ejecutor del distrito de adecuación de tierras de Fúquene y Cucunubá, en la medida en que no ha demostrado que ella lo es en lugar del INAT en los términos de las normas analizadas. Por consiguiente, el cargo no prospera en lo que hace al punto de quien debía dar el concepto de viabilidad de la solicitud de la personería jurídica atacada.

Aunque en el auto admisorio de la demanda se admitió la condición invocada por la CAR como organismo ejecutor de ese distrito, conviene aclarar que se trató de un pronunciamiento preliminar, por cuanto en ese momento no se examinó el cargo, es decir, no constituyó una decisión de fondo sobre el asunto, que por lo mismo no obsta para que la Sala llegue a una conclusión diferente en esta sentencia, como en efecto se decide en este momento procesal.

Ahora bien, dado que la legitimación en causa por activa de la demandante le fue reconocida con base en esa consideración preliminar, y ésta ha sido desvirtuada en el examen de fondo del asunto, parecería que esa legitimación desaparece, más sin embargo la Sala observa que su interés en el acto acusado surge también de la estrecha relación que tiene dicha entidad con las actividades propias del distrito en referencia, como quiera que pueden comprometer los recursos naturales y el medio ambiente del territorio bajo su jurisdicción como autoridad ambiental que es. Por ello vale mantener su reconocimiento como legitimada para actuar como actora del proceso, siendo procedente así pasar al examen de los demás cargos.

a. 2.- Respecto del cumplimiento o no de los requisitos previstos en los artículos 1º del decreto 1380 de 1995 y 8 y 26 de la Resolución Núm. 019 de 1995 del CONSUAT, se ha de anotar en principio, que lo dicho por el INAT a favor de la viabilidad de la solicitud y en la motivación del acto acusado en cuanto a que se ajustaba a las disposiciones legales vigentes y a la reglamentación del CONSUAT, se presume cierto, a lo cual se agrega que en el expediente aparece la solicitud acompañada de los documentos requeridos por dichas normas, visibles a folios 9 a 98.

Con relación al 60% mínimo de los potenciales usuarios que aduce la actora con fundamento en el artículo 26<sup>1</sup> de la Resolución 019 de 12 de septiembre de 1995, basta poner de presente que dicha norma es aplicable sólo a las asociaciones constituidas a partir de su vigencia, de la cual no se tiene información en el plenario, pues no hay constancia de su publicación, y no a la asociación del sub lite pues ésta se constituyó incluso antes de la fecha de dicha resolución, toda vez que fue conformada en septiembre de 1994, a partir de la reunión, con intervención de la CAR, de los usuarios de cada zona, norte y sur, quienes constituyeron sus respectivas juntas y celebraron su asamblea general de juntas el 10 de noviembre de 1994, y designaron sus delegados, primero para la aprobación definitiva de sus estatutos y luego para la asamblea general a fin de elegir la Junta General, con base en estatutos previamente aprobados.

De modo que no está demostrado que la resolución acusada violó los artículos 1º del Decreto 1380 de 1995 y 8 y 26 de la Resolución 19 de 1995 del CONSUAT, de donde el cargo tampoco prospera en lo atinente a los requisitos en ellos señalados.

b.- En cuanto a la falsa motivación, la demandante la hace consistir en que la solicitud de reconocimiento debió ser presentada a través del organismo ejecutor, esto es la CAR o en su defecto el INAT, no por el señor REYNA, como dice la parte motiva del acto acusado. No es cierto que el INAT sea el organismo ejecutor. Sólo el concepto de la CAR le hubiera permitido al Ministerio reconocer personería jurídica a ASOFUC, afirma la parte actora.

Este cargo está resuelto en las consideraciones anteriores, en donde se evidencia que no está demostrada la ocurrencia de las acusaciones formuladas en él, amén de que fue cierto, como se indica en la parte motiva del acto enjuiciado, que el ciudadano RAFAEL REYNA CORREDOR fue quien solicitó al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el reconocimiento de la personería jurídica de ASOFUC, como correspondía por ser el organismo competente para ello, sólo que debía hacerlo "por conducto" del respectivo organismo ejecutor, según el artículo 1º, párrafo 1º, del Decreto 1380 de 1995, como efectivamente lo hizo, según se observa en el expediente ( folio 8). En consecuencia, el cargo no tiene vocación de prosperar.

Así las cosas, se han de negar las súplicas de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

Primero.- NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Por secretaría, devuélvase la suma depositada para gastos del proceso.

Tercero.- En firme esta decisión y previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 4 de marzo del 2003.

**RICARDO HOYOS DUQUE**

Presidente

Salva voto

MARIO ALARIO MENDEZ

Ausente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Salva voto

TARSICIO CACERES TORO

REINALDO CHAVARRO BURITICÁ

ALVARO GONZALEZ MURCIA

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Salva voto

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

MARIA INES ORTIZ BARBOSA

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR

ALBERTO ARANGO MANTILLA

Salva voto

GERMAN AYALA MANTILLA

JESUS MARIA CARRILLO B.

MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

Aclara voto

ALIER EDUARDO HERNANDEZ E.

Salva voto

LIGIA LOPEZ DIAZ

OLGA INES NAVARRETE B.

Aclara voto

ALEJANDRO ORDOÑEZ M.

Salva voto

JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIÉ

DARÍO QUIÑONES PINILLA

MANUEL S. URUETA AYOLA

**MERCEDES TOVAR DE HERRAN**

Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO**

Consejero: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá D.C., primero (1) de abril de dos mil tres (2003)

Ref.: Expediente IJ-05683

**AUTORIDADES NACIONALES**

Actora: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR

Disiento de la tesis mayoritaria según la cual los actos administrativos de contenido particular no son justiciables mediante la acción de nulidad instituida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, salvo que la ley expresamente autorice a ejercerla.

A mi juicio, la regla es exactamente la contraria: Según la Constitución Política, Colombia es un Estado de Derecho (art. 1°), y las autoridades son responsables por infringir la Constitución o las leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6°). Frente a esta regla general, no puede sostenerse que los actos administrativos de contenido particular solamente sean controlables cuando la ley expresamente lo permita.

La tesis de mayoría sustrae del control de legalidad al grueso de la actividad administrativa, que se plasma en actos de contenido particular, tales como licencias, autorizaciones y registros.

El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, que enseguida se transcribe, instituyó la acción de nulidad contra los actos administrativos, sin atender a su contenido general o particular; y es más, incluyendo ciertos actos de contenido particular:

«Art. 84. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan 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.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.»

Así, pues, esta norma legal, que concreta el principio del Estado de Derecho, instituye la acción de nulidad contra los actos administrativos, sin atender a su contenido y, aun más, tomando actos de contenido particular —los de certificación y registro— como ejemplos de actos justiciables por medio de ella.

La acción que ejerció la CAR es la de simple nulidad. La actora no pidió el restablecimiento de ningún derecho suyo. Se limitó a señalar que se había pasado por alto su competencia para conceptuar sobre el reconocimiento de la personería de la asociación que pretendía operar el Distrito de Riego.

Pero las competencias o atribuciones de los entes públicos no pueden ser confundidas con sus derechos subjetivos, que son, precisamente, protegidos mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho creada por el artículo 85 del CCA.

De otro lado, si la Sala dudó de que efectivamente se hubiese perfeccionado la cesión del Distrito de Riego a la CAR, autorizada por la Ley 3ª de 1961, debió decretar de oficio las pruebas conducentes a establecer o descartar ese hecho, que resultaba esencial para la decisión.

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

Bogotá D. C, treinta y uno (31) de marzo de dos mil tres (2003)

Radicación número: 110010324000199905683 02

A la sentencia en que fue Ponente, el Consejero Manuel Urueta Ayola

Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR

Demandado: Nación (Ministerio de Agricultura y Desarrollo)

Número interno 30

Mi voto favorable con aclaración a la sentencia que precede, dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el día 4 de marzo de este año, respaldó las determinaciones adoptadas en la parte resolutiva pero no compartió todas las afirmaciones hechas en la motiva.

I. LA PARTE RESOLUTIVA no podía ser otra que negar la súplica de la demanda, porque los cargos hechos por la CAR contra el acto administrativo demandado no tenían vocación de prosperidad, como se explicó en el fallo.

II. LA PARTE MOTIVA no la comparto en su integridad por lo siguiente:

A. Como expresé en la discusión del proyecto el caso a decidir no ameritaba que desde el auto admisorio del asunto se interpretara la demanda para concluir que la acción promovida era la de "nulidad y de restablecimiento del derecho" pues el DEMANDANTE CAR pretendió únicamente la nulidad del acto acusado. Y no podía interpretarse que la acción promovida fue de "nulidad y restablecimiento del derecho", porque la pretensión de la CAR fue sólo sobre el control del acto demandado frente al ordenamiento jurídico.

Por lo mismo el ACTOR CAR utilizó formal y materialmente la acción de simple nulidad contra un acto particular, debido a que sólo pretendió la declaratoria simple de nulidad; no pretendió ni directa ni indirectamente el restablecimiento del derecho. Asunto como este, el que se decide, lo autoriza el artículo 84 del C. C. A, que señala claramente que "TODA PERSONA PODRÁ solicitar por sí, o por medio de representante, QUE SE DECLARE LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS". Como se puede observar este artículo no dispone que la acción de nulidad solo quepa frente a los actos generales, pues indica, sin distinción, que puede dirigirse contra los "actos administrativos". Cosa distinta es el contenido del artículo 85, sobre la acción "de nulidad y de restablecimiento del derecho" en el cual el legislador sí dice expresamente que sólo tiene cabida respecto de actos particulares.

Ese sentido normativo del decreto ley 01 de 1984, de idéntico sentido al previsto en la ley 167 de 1941, dio lugar a la jurisprudencia denominada de los "motivos y finalidades de la acción" que se arraigó en la Sala Plena del Consejo de Estado desde el año de 1961, que comparto. Basta leer la sentencia que le dio origen, de 10 de agosto de 1961, para observar que su contenido no es más que la exaltación por el juez del contenido normativo y de la comparación, en esa época y que sirve para la actual, de las acciones de "simple nulidad" y "de plena jurisdicción", por las finalidades y motivos.

Cuando en la sentencia a la CUAL ACLARO EL VOTO se censura la sentencia C-426 de la Corte Constitucional, de 29 de mayo de 2002, que declaró exequible el artículo 84 del C. C. A. y analiza fuertemente la jurisprudencia que considera vigente en el Consejo de Estado sobre el mismo artículo, no comparto algunas de las censuras, en lo que atañen en sobremanera que la Corte no pueda tener en cuenta entre otras interpretaciones de una norma la hecha por la Corporación a la cual pertenezco, porque el juez constitucional puede al definir el juicio de constitucionalidad de una norma examinarla en su contenido y las interpretaciones constitucionales posibles, porque la Carta Fundamental es norma de normas (art. 4º). Es obvio que todo juez, como cualquier hombre, puede hacer razonamientos críticos para compartir o no compartir los de otro juez o los de otro hombre, pero es necesario que al hacerlo haya coherencia integral o jurídica o humana, y la Corte en las motivaciones de su fallo no resultó armónico en todo con su parte resolutive; a continuación transcribo los aparte de evidente contradicción:

"4. El contencioso de anulación en el derecho colombiano.

4.1. ( ) el contencioso de anulación que constituye una verdadera garantía jurídica de los ciudadanos para asegurar que los actos de la administración pública, tanto los de carácter general y abstracto como los de contenido particular y concreto, se aducen a las normas jurídicas preexistentes, con lo cual se propende por la defensa de la legalidad en abstracto y de los derechos e intereses legítimos de los particulares. ( ).

7.3. Atendiendo a su naturaleza jurídica, ha dicho la Corte<sup>2</sup> que mediante el contencioso de anulación se busca garantizar el principio de legalidad que resulta ser consustancial al Estado social de derecho que nos rige, al tiempo que se asegura la vigencia de la jerarquía normativa y la integridad del orden jurídico - a partir de la supremacía de la Constitución Política -, dando paso a las sanciones típicas del mencionado principio de legalidad que, salvo en lo que toca con la declaratoria de invalidez del acto, pueden variar según se trata de proteger, además del interés común - actos de contenido general y abstracto -, un interés individual y subjetivo - actos de contenido particular. ( ).

7.13. ( ) mientras que la acción pública de nulidad tiene por objeto principal, directo y exclusivo preservar la legalidad de los actos administrativos, a través de un proceso en que no se debaten pretensiones procesales que versan sobre situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, limitándose a la simple comparación del acto con las normas a las cuales ha debido estar sujeto, la de restablecimiento del derecho, por su parte, no sólo versa sobre una pretensión de legalidad de los actos administrativos, sino que propende por la garantía de los derechos subjetivos de los particulares mediante la restitución de la situación jurídica de la persona afectada, ya sea a través de una reintegración en forma específica, de una reparación en especie o de un resarcimiento en dinero.

7.14. ( ) Si el proceso administrativo de anulación define su propia identidad a partir del bien jurídico a tutelar - la simple legalidad o ésta y la garantía de un derecho subjetivo -, la pretensión procesal se convierte en su objeto principal pues en torno a ella es que tiene lugar todo el curso de la actuación judicial. ( ).

7.15. ( ) la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se ocasionen daños al actor o terceros. Siguiendo este mismo razonamiento, si lo que persigue el demandante es un pronunciamiento anulatorio y la consecuente reparación de los daños antijurídicos causados, lo que cabe es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ( ).

7.21. ( ) la interpretación que viene haciendo el Consejo de Estado del precitado artículo 84 del Código Contencioso Administrativo desconoce este derecho medular, pues, además de impedirle al afectado solicitar el restablecimiento de la situación jurídica individual por encontrarse vencido el término legal estatuido para esos efectos, también se le está limitando al ciudadano - interesado o tercero - el acceso al proceso para controvertir la simple legalidad de ciertos actos administrativos de contenido particular, sin que ese haya sido el verdadero interés del constituyente no del legislador extraordinario al regular la acción pública de simple nulidad.

7.23 ( ) cuando se demanda por vía de la acción de simple nulidad un acto de contenido particular y concreto que crea o reconoce un derecho subjetivo, pese a que el mismo haya sido declarado nulo en la respectiva sentencia, el juez de la causa está obligado a mantener intangible el derecho en cuestión ya que, como se ha venido explicando, el pronunciamiento judicial en estos casos es única y exclusivamente de legalidad en abstracto. ( ) vencido el término de caducidad ( ), el derecho subjetivo reconocido en el respectivo acto administrativo adquiere firmeza jurídica y se torna inmodificable, de manera que, frente a la posible declaratoria de simple nulidad del acto, la cual puede promoverse en cualquier tiempo, deben hacerse prevalecer los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima a favor del titular del derecho previamente reconocido."

Creo por otra parte que la sentencia que voté afirmativamente, pero con aclaración, no resulta atinada cuando afirma que por la interpretación el Consejo de Estado solo tiene responsabilidad política, porque el propio C. C. A da cabida a que la interpretaciones de los jueces sean objeto de recursos ordinarios (reposición, súplica, apelación) al establecerlos como medios de impugnación contra las providencias de los jueces o del extraordinario de súplica; en éste último recurso la "interpretación errónea" es una de las causales de violación directa de la ley sustancial (art. 194 íbidem); lo mismo ocurre en materia de tutela cuando se comprueba la vía de hecho judicial por interpretación irrazonable de los jueces. Además en la actualidad la jurisprudencia en el Consejo de Estado sobre el sentido del artículo 84 del C. C. A no es idéntica en todas sus Secciones y Subsecciones.

Observo, desde otro punto de vista, que la parte resolutive del pronunciamiento de la Corte al declarar la exequibilidad del citado artículo 84 del C. C. A, a pesar de que en la motiva se encuentran contradicciones evidentes, reiteró en parte la jurisprudencia del Consejo de Estado de 1961 sobre la "teoría de los motivos y finalidades", sin aludir a porqué la compartía, pues textualmente dijo:

"DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo tal y como fue subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de

*1989, siempre y cuando se entienda que tal acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del ACTO, en los términos de la parte motiva de esta Sentencia" (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Respetuosamente insisto que esa parte resolutive del fallo de la Corte, a pesar de algunas de las consideraciones, apunta a como lo concluyó en 1961 el Consejo de Estado, fundamentándose en la ley 167 de 1941 para resaltar que la acción de simple nulidad, ante la ley, procede respecto de actos generales y particulares siempre y cuando "la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto".

Esa frase que resalto con comillas en los dos párrafos precedentes hace visible que aunque la Corte fue contundente contra manifestaciones realizadas en apartes de providencias que han constituido en su momento jurisprudencia del Consejo de Estado, reiteró en su mayoría la jurisprudencia de 1961 de esta Corporación, sin decirlo, y agregó algunas consideraciones que, en su mayoría, como se vio con anterioridad resultan contrarias a la parte resolutive de su sentencia C-426; nótese, nuevamente, que la última frase de la parte resolutive de esta sentencia de la Corte, después de señalar que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, indicó un hecho condicionante para dicha procedibilidad al decir "cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto ( )", pero su motivación no dice lo mismo, en todo.

La frase condicionante y determinante para la procedibilidad de la acción de nulidad respecto de actos particulares siempre, creo, pondrá al juez, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a examinar como lo ha hecho desde 1961, salvo excepciones, si la demanda en verdad sólo pretende el control exclusivo de la legalidad "en abstracto", como lo dijo.

B. No comparto en las motivaciones del fallo que voté afirmativamente la frase que afirma que la sentencia de la Corte "*Desconoce el carácter de orden público de las normas procesales, al permitirle al actor escoger a voluntad el juez de conocimiento de su causa* ", porque no es que los demandantes escojan el juez, sino que la competencia funcional del juzgador la determina el Código Contencioso Administrativo por el tipo de acción promovida la cual se deduce claramente de la pretensión o pretensiones formuladas (s).

C. Estimo que el fallo que suscribí, con aclaración de voto, incurre en impropiedad en su motivación cuando alude a que para el ejercicio de la "*acción de nulidad y de restablecimiento del derecho*" se debe tener legitimación material en la causa, porque el C. C. A. no la exige para el ejercicio de las acciones ordinarias, previstas, a título de ejemplo, en los artículos 84 a 86. El ejercicio de las acciones ordinarias previstas en los artículos indicados no está supeditado a que el actor pruebe con la presentación de la demanda su legitimación material en la causa, pues el Código Contencioso Administrativo autoriza su ejercicio de la siguiente manera:

Para la acción de simple nulidad a "Toda persona" (art 84).

Para la acción de "nulidad y restablecimiento del derecho" a "Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica" (art. 85).

Para la acción de "reparación directa" a "La persona interesada" (art. 86).

Como se aprecia fácilmente en dichas acciones es presupuesto para su ejercicio, entre otros, dependiendo de la acción lo subsiguiente:

En la acción de nulidad: con ser persona.

En la acción "de nulidad y de restablecimiento": con creerse lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, el que luego deberá acreditarse en el proceso, pues la ley simplemente dijo "*que se crea lesionada*"; no indicó que debe demostrarse la creencia del demandante en estar lesionado.

En la acción de reparación directa: con la afirmación definida del demandante de ser persona interesada para la reparación del daño.

En ese aspecto es bueno resaltar que en Colombia no se aplica la *teoría concreta de la acción* para el ejercicio de esas acciones ordinarias de conocimiento que generan juicios de cognición, toda vez que ello exigiría la prueba del derecho material propio, generalmente, de los juicios ejecutivos.

D. No participo de las afirmaciones que en la motivación hace el fallo, que suscribí con aclaración de voto, replican la sentencia de la Corte al decir que ella no observó que el legislador dispuso el presupuesto de la acción: la "caducidad". La no caducidad de la acción es un presupuesto de las acciones que pretenden la satisfacción de derechos meramente subjetivos, no cuando buscan el control objetivo de la legalidad. Y para ello resalto el numeral 1 del artículo 136 del C. C. A que prevé: "*La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de su expedición*".

E. Tampoco coadyuvo el fallo que suscribí con aclaración cuando señale que la Corte desconoció la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa cuando se demandan actos particulares, por lo siguiente: El agotamiento de vía gubernativa es un presupuesto de las acciones de "*nulidad y restablecimiento del derecho*" y "*de la de controversias contractuales cuando se demandan actos administrativos particulares*" que buscan la satisfacción de derechos subjetivos previa declaratoria de nulidad del acto particular que se demanda; así lo dispone el artículo 135

del C. C. A.:

"La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo" (inciso 1).

Como se acaba de transcribir, el agotamiento de la vía gubernativa sólo es necesario cuando se ejercita alguna de esas dos acciones, en las cuales el actor a más de deprecar la nulidad del acto administrativo, no contractual o contractual, busca el restablecimiento (arts. 85 y 87), lo que significa que el agotamiento de la vía gubernativa no es exigible cuando sólo se depreca la nulidad de un acto particular, para controlarlo simplemente con el ordenamiento jurídico superior (exclusivo análisis objetivo).

En los anteriores términos aclaro el voto a la sentencia que precede.

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

SALVAMENTO DE VOTO

ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Consejero Ponente Dr. MANUEL S. URUETA OYOLA

Radicación No. 110010324000199905683 02

Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR

Con el respeto acostumbrado, presentamos a continuación los argumentos que nos obligan a apartarnos de la sentencia proferida por la Sala Plena el 4 de marzo del presente año en el proceso de la referencia. Debemos advertir que, si bien, en nuestra opinión, debían negarse las pretensiones de la demanda, como se hizo en la citada decisión, nuestros reparos frente a las razones que le sirven de sustento son tantos y de tal modo definitivos que la conformidad con la parte resolutive puede considerarse producto de una simple casualidad. Por ello, hemos considerado prudente salvar nuestro voto, y no aclararlo.

Nuestro disentimiento respecto de la decisión mayoritaria está referido a cuatro aspectos básicos, relativos a: 1) La validez de los pronunciamientos de exequibilidad condicionada proferidos por la Corte Constitucional, 2) El alcance de la teoría de los móviles y finalidades, 3) La posición adoptada frente a la sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002, y 4) La solución del caso concreto. Exponemos, entonces, nuestro parecer, en los siguientes términos:

1. La validez de los pronunciamientos de exequibilidad condicionada proferidos por la Corte Constitucional.

Se expresa, en la decisión de la que nos apartamos, en relación con los límites de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo siguiente (ver numeral VI., 2.3.):

"(...)

Cuando la Corte Constitucional... no decide sobre la petición de inconstitucionalidad de las leyes o de los decretos con fuerza de ley, mediante el procedimiento de confrontación de las disposiciones acusadas con los preceptos de la Constitución, sino que extiende su control, sin fundamento en el derecho positivo, a la interpretación que de las normas controlables hacen los jueces, con la pretensión de imponer sus criterios de interpretación a los operadores jurídicos, traslada el objeto de su competencia a una materia no prevista constitucionalmente e incurre en manifiesta no aplicación de la norma constitucional que le da la competencia y crea así una nueva acción de inconstitucionalidad referida a la jurisprudencia producida por los jueces de la República. Esa acción no tiene fundamento alguno en el derecho constitucional colombiano, que, de todos es sabido, es un derecho legislado, no pretoriano.

De otra parte, la decisión de la Corte que se examina desconoce el tenor claro del artículo 230 constitucional, cuyo texto obliga a todos los jueces, incluida la Corte Constitucional, cuando prescribe que "*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*"

"La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

De manera que el fallo de exequibilidad sobre determinada interpretación de una norma legal, para ser aceptable, tendría que dicha competencia estar consagrada expresamente (sic) , en términos estrictos y precisos, por una reforma constitucional, en donde además se tendría que reformar también el artículo 230 constitucional. De no ser así, se estaría en presencia de un derecho de creación jurisprudencial, en asuntos sobre los que existen normas expresas, lo cual es incompatible con nuestro ordenamiento jurídico". (Se subraya).

Se equivoca, en nuestra opinión, la Sala Plena del Consejo de Estado, al hacer estas afirmaciones, y en la presentación de las mismas puede encontrarse la explicación del yerro. En efecto, siempre que la Corte Constitucional estudia una demanda de inexecutable frente a una norma determinada y la compara, por lo tanto, con todos los preceptos de la Carta Política, debe estudiar las posibles interpretaciones que aquélla admite, a fin de establecer si conforme a todas ellas, sólo a algunas, o a ninguna, la norma resulta ajustada al estatuto superior. En el primer y el último casos, deberá declararse, respectivamente, la exequibilidad y la inexecutable, sin reparos, del texto legal; en el segundo, deberá determinarse cuál o cuáles son las interpretaciones admisibles, y cuáles no lo son.

En los eventos en los que el demandante plantea su juicio de inconstitucionalidad contra una o más interpretaciones que de las normas legales hacen los operadores jurídicos, la Corte asume el conocimiento de la demanda, como en cualquier otro caso, comparando la norma acusada con la Carta Política, estudiando, entre las varias interpretaciones posibles, aquélla que ya ha resultado efectivamente adoptada por un juez, para establecer si el alcance que se da a la disposición de acuerdo con dicha interpretación resulta o no ajustado a la Constitución. De allí que se exija siempre que ésta suponga el planteamiento de un problema de constitucionalidad o, lo que es lo mismo, que existan valores constitucionales en juego.<sup>3</sup>

No se trata, entonces, como lo entiende la Sala Plena, de una "nueva acción de inconstitucionalidad referida a la jurisprudencia producida por los jueces de la República", sino de la típica acción pública de inconstitucionalidad referida a las leyes, prevista en los artículos 241 y 242 de la Carta de 1991, que no puede decidirse sino a partir de la interpretación de la norma acusada y de su evaluación a la luz de la Carta Fundamental. Resultan ilustrativas, sobre este planteamiento, las siguientes conclusiones contenidas en la Sentencia C-426 de 2002, en torno a la cual se desarrolla el debate central del pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del cual nos apartamos:

"3.12. Adelantar el juicio de inconstitucionalidad de aquellas normas que generan conflictos en torno a su verdadero significado y alcance, no implica, entonces, una intromisión o desplazamiento de la competencia asignada a los jueces para aplicar la ley en cada caso en concreto, pues, en realidad, el proceso de control abstracto -en estos casos- se lleva a cabo sobre uno de los contenidos de la norma sometido a examen: el que surge de la interpretación que en sentido general hace la autoridad judicial competente, al cual se le han reconocido todos los efectos jurídicos como consecuencia de constituir la orientación jurisprudencial dominante o el criterio judicial obligatorio para quienes son destinatarios de la ley".

Contrario a lo expresado por la Sala Plena del Consejo de Estado, consideramos, por lo anterior, que la Corte Constitucional tiene competencia para proferir los denominados fallos de constitucionalidad condicionada, que buscan, precisamente, excluir la posibilidad de que la norma que se declara exequible sea interpretada en determinado o determinados sentidos contradictorios con una o varias disposiciones de la Carta.

Estos fallos, por lo demás, hacen tránsito, sin duda alguna, a cosa juzgada constitucional, de acuerdo con el artículo 243 de la Constitución y, junto con la decisión adoptada, el condicionamiento en ellos contenido, en cuanto razón de la decisión *-ratio decidendi-*, esto es, en cuanto fundamento inescindible de la misma.

De otra parte, el control de constitucionalidad que puede y debe ejercer el Consejo de Estado respecto de los actos administrativos demandados en procesos sometidos a su conocimiento no se confunde con el control que, respecto de las leyes, ejerce la Corte Constitucional. Lo mismo puede decirse en relación con el deber que tienen todos los jueces de la República de interpretar las normas que regulan el caso que resuelven, y establecer, eventualmente, su disconformidad con la Constitución, lo que los autoriza para inaplicarlas en el caso concreto, en cumplimiento del artículo 4º de la Carta Política. No comprendemos, entonces, la pertinencia de los argumentos expuestos por la Sala Plena del Consejo de Estado en el numeral VI. 3. del fallo del que nos apartamos, en el que -en nuestra opinión, innecesariamente- se hace una larga y detallada presentación histórica de las facultades de esta Corporación como juez constitucional.<sup>4</sup>

Es claro, por lo demás, que tales facultades no han sido desconocidas por la Corte Constitucional en el fallo C-426 de 2002, en el que no se cuestiona la interpretación que, en casos concretos y con el fin de establecer su conformidad con la Constitución, ha hecho el Consejo de Estado respecto de actos administrativos demandados. Y no cabe la menor duda de que si bien esta Corporación tiene una cláusula general de competencia en relación con los decretos que expide el gobierno, mientras que la Corte Constitucional tiene, en la misma materia, una competencia de excepción -como se afirma en el numeral VI.3.2. del fallo de la Sala Plena-, es dicha Corte la que tiene la competencia exclusiva y excluyente en relación con las leyes de la República.

Se agrega en el numeral VI.4. que existe una única hipótesis en la que las decisiones del Consejo de Estado, y también las de la Corte Suprema de Justicia, pueden ser revisadas por la Corte Constitucional, y ella se presenta frente a las sentencias de tutela que, en el evento de ser seleccionadas para su revisión, pueden ser confirmadas o revocadas por ésta última. Se concluye, entonces, que, en los demás casos, cuando ejercen su función de interpretar la Constitución o la ley, en el ámbito de sus competencias, "el único control posible, si el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia violan la Constitución, es el juicio de responsabilidad política que debe adelantar el Congreso de la República".

Debe anotarse que esta afirmación tajante parece desconocer un hecho insoslayable, y es que, en cuanto se refiere a la interpretación de la ley a la luz de la Constitución Política -que bien puede y debe ser realizada por todos los jueces de la República-, como se ha advertido, es la Corte Constitucional quien tiene la última palabra. Así, una vez adoptada una decisión de constitucionalidad por dicha Corporación, la misma tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*, y si en ella se ha llegado a la conclusión de que la norma examinada, en cuanto interpretada de un modo determinado, resulta contraria al estatuto superior y, por lo tanto, se condiciona su exequibilidad a su entendimiento en unos específicos términos, los demás jueces, y aun las demás Cortes, deberán acatarla estrictamente.

Ahora bien, como se ha observado, el debate sobre la interpretación de normas legales sólo puede ser asumido válidamente por la Corte Constitucional cuando aquélla plantee una posible disconformidad con la Carta Fundamental. Y así lo ha entendido la misma Corte. En sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995, expresó, al respecto, lo siguiente:

"...esta Corporación, en la medida en que es un juez de constitucionalidad y no de legalidad, no puede imponer, con base en discusiones puramente legales, cuál es el sentido de una disposición legal, puesto que ésa es labor de los jueces ordinarios...", de manera que la Corte Constitucional "sólo puede establecer en sus sentencias cuáles son las interpretaciones admitidas de determinadas normas legales cuando existen valores constitucionales en juego...".

Este planteamiento ha sido reiterado en varios fallos, uno de ellos del 28 de noviembre de 2002 -Sentencia C-1038-, en el que se consideró que la interpretación adoptada por el Consejo de Estado en relación con la naturaleza judicial del procedimiento adelantado por los centros de arbitraje, conforme al Decreto 2651 de 1991, y la consiguiente imposibilidad de ejercer control contencioso administrativo sobre las decisiones adoptadas en el curso del mismo, debía ser respetada por la Corte, en virtud de la separación existente entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

Ya se había referido la Corte a este tema en sentencia C-496 del 3 de noviembre de 1994, en la que, además, fijó expresamente, en los siguientes términos, los límites de su competencia en la situación indicada:

"...el interrogante reside en determinar hasta qué punto puede la Corte Constitucional determinar, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de una norma legal.

Para ello conviene tener en cuenta que la Constitución establece una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones (jurisdicción ordinaria, contencioso-administrativa y jurisdicciones especiales) por lo cual, en principio, no corresponde a la Corte entrar a definir los debates sobre los alcances de las normas legales, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios que, al tenor de la Constitución, están sometidos únicamente al imperio de la ley (CP art. 230).

No puede entonces la Corte Constitucional, como regla general, establecer cuál es el sentido autorizado de las normas legales. Sin embargo, el anterior principio se ve matizado por los siguientes dos elementos que provocan una constante interpenetración de los asuntos legales y constitucionales. De un lado, es obvio que un proceso de control de constitucionalidad implica siempre un juicio relacional que busca determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales. Este juicio no es entonces posible si no se establece previamente el significado de la norma legal. Ningún tribunal constitucional puede entonces eludir la interpretación de las normas legales. De otro lado, la Constitución es norma de normas y constituye la base de todo el ordenamiento positivo (CP art. 4º), por lo cual los jueces ordinarios están también sometidos al imperio de la Constitución...

(...)

Las anteriores consideraciones permiten entonces establecer algunos criterios sobre la manera como la Corte Constitucional debe, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta, avocar los debates hermenéuticos sobre normas legales.

De un lado, si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecuan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada, sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la norma legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios.

De otro lado, si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico.

En tercer término, si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuales algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento.

Finalmente, existe un cuarto caso, más complejo pero con sólidas bases constitucionales. Se trata de la interpretación conforme a la Constitución de las normas legales impugnadas como técnica de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Así, es posible que una norma legal pueda ser interpretada de diversas maneras y que cada una de tales interpretaciones, individualmente considerada, no viole la Constitución... Pero en ciertas oportunidades, cuando esas interpretaciones jurídicas no son disposiciones autónomas sino interpretaciones alternativas sobre el sentido de una disposición legal, la escogencia entre las diversas hermenéuticas posibles deja de ser un asunto meramente legal y adquiere relevancia constitucional, porque afecta principios y valores contenidos en la Carta. Así, no es admisible constitucionalmente una interpretación de un texto legal que sea manifiestamente irrazonable, porque "las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables" [Corte Constitucional. Sentencia C-011 del 21 de enero de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Por ello esta Corporación ya había señalado que "la autonomía que la Corte reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados" [Corte Constitucional. Sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]. En otros eventos, la propia Carta ha establecido reglas de preferencia para escoger entre interpretaciones alternativas de una norma legal. Así sucede, por ejemplo, en materia laboral, puesto que el artículo 53 de la Constitución señala que, en caso de duda sobre el sentido de las fuentes formales del derecho, se deberá acoger aquella interpretación que sea más favorable al trabajador. Igualmente, en materia penal, la Carta señala que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (C.P. art. 29). Por todo lo anterior, debe entonces la Corte excluir las interpretaciones de disposiciones legales que sean manifiestamente irrazonables o que no respeten el principio de favorabilidad, por cuando la atribución de un sentido irrazonable a un texto legal o la opción hermenéutica por el sentido desfavorable al capturado o al trabajador violan claros mandatos constitucionales.

(...)" (Se subraya).

El último fallo citado fue reiterado en sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, por el cual se resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, en cuanto dichas normas, según el actor, permiten a los particulares -y

concretamente a los árbitros- pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos contractuales proferidos por la administración en uso de sus poderes exorbitantes, razón por la cual contravienen lo dispuesto en los artículos 29, 236 a 238 de la Constitución Política. Dado que el demandante se sirvió de una interpretación adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, para sustentar la acusación, la Corte la tuvo en cuenta, al efectuar la comparación de los textos acusados con la Carta Fundamental, y decidió acogerla, resolviendo, entonces, declarar la exequibilidad condicionada de las normas citadas, esto es, "bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales". Se trataba de examinar normas legales a la luz de una interpretación de las mismas con implicaciones constitucionales evidentes.

## 2. El alcance de la teoría de los móviles y finalidades:

Consideramos innecesario referirnos en detalle a la evolución que, respecto de la interpretación de los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sin embargo, para efectos de exponer claramente los argumentos que justifican nuestro desacuerdo con la decisión de la Sala Plena del pasado 4 de marzo, debemos presentar nuestra posición respecto del alcance de la teoría de los móviles y finalidades.

Esta teoría, adoptada en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 10 de agosto de 1961 -en vigencia de la Ley 167 de 1941, que regulaba el enjuiciamiento de los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso administrativa en sus artículos 62 a 65-, fue presentada en los siguientes términos:

"Si en la ley se enumeran las decisiones acusables sin señalar distinciones entre providencias impersonales e individuales, y si a renglón seguido se dispone que la acción de nulidad es viable contra cualesquiera de tales ordenamientos, no aparece la razón para que la doctrina haya consagrado distingos que los textos repelen expresamente. Ni el tenor literal de estas reglas, ni del espíritu que las anima, se puede inferir que el recurso de anulación sólo procede contra los actos generales y no contra las decisiones particulares. Por el contrario, la ley descarta semejante apreciación.

No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. El criterio a seguir para apreciar su procedencia es el que imponen esos mismos preceptos. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia...

De los preceptos en cita se colige que los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo. Pero como la causa y objetivo de la acción son incompatibles con la protección de derechos particulares, al utilizarla con ese último propósito se desnaturaliza la esencia del sistema. Habría una simulación de motivos, de intereses y de fines que los textos rechazan implícitamente. La aceptación de ese sistema traería como consecuencia el desconocimiento de los mandatos legales sobre caducidad de la acción privada.

Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción. Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva que afecta directamente a toda la comunidad y lesionan los derechos de todos en el presente y en el futuro. El posible interés que anime al demandante se diluye en el interés general de la sociedad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. En ese evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona.

Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley.

El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desarrolla entorno de dos extremos únicamente: la norma violada y el acto violador. Las posibles situaciones subjetivas que se interpongan no juegan ningún papel en la *litis*. Es un sencillo proceso de comparación entre el derecho objetivo y la decisión administrativa que lo infringe, cuya finalidad es la de defender el orden jurídico en sí mismo.

(...)

El contencioso privado de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal. En la regulación del artículo 67, la acción se desenvuelve en torno de estos tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella, y el acto violador de aquélla y éste. La decisión irregular de la administración infringe la regla legal y afecta de contragolpe la situación jurídica particular amparada por ella. Ya no hay un sencillo cotejo entre el precepto transgredido y el acto transgresor, porque entre esos extremos se interpone el derecho subjetivo lesionado cuya reparación constituye el objetivo esencial del recurso. Ese tercer elemento torna la simple violación en violación compleja, y la simple nulidad en nulidad con restablecimiento..." (Se subraya).

Las afirmaciones contenidas en este fallo resultaron perfectamente aplicables después de la expedición del Decreto 01 de 1984, que reguló el tema en los artículos 83 y siguientes.

Vinieron, luego, planteamientos que precisaron la teoría -como el expuesto en el auto de la misma Sala Plena del 8 de agosto de 1972, que encontró el elemento distintivo entre las dos acciones en la existencia o inexistencia de una "pretensión litigiosa"-, y otros que, pretendiendo hacerlo, en nuestra opinión, la tergiversaron de modo tal que propiciaron el desconocimiento de su propio fundamento, referido, como su nombre lo indica, a la valoración de los motivos del demandante y de la finalidad real de su pretensión.

Así, en auto del 2 de agosto de 1990 de la Sección Primera, reiterado en sentencia de la misma Sala del 28 de agosto de 1992, se concluyó que los actos de contenido particular no son, en principio, susceptibles de ser atacados en ejercicio de la acción de nulidad simple, salvo en aquellos eventos expresamente determinados por la ley, entre los cuales se mencionaron los regulados en los artículos 221 y 223 del C.C.A, y 585 y siguientes del Código de Comercio. Dicha acción, entonces, sólo excepcionalmente podría ser utilizada para acusar actos diferentes de los de contenido general.

También la Sección Primera, en sentencia del 26 de octubre de 1995, consideró que la teoría de los móviles y finalidades podía "ampliarse", entendiendo que la acción de simple nulidad procedería, adicionalmente, frente a actos creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas, cuando tales situaciones implican "un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social y económico", y ello aun cuando la posibilidad de atacar dichos actos mediante la acción mencionada no hubiera sido expresamente prevista por el legislador.

Esta posición fue adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de octubre de 1996, en la que se precisó que, además de los casos previstos en la ley, habría lugar al ejercicio de la acción de nulidad simple en aquéllos eventos en que se tratara de actos creadores de situaciones particulares y concretas que comportaran "un interés de la comunidad de tal naturaleza e importancia que fuera aparejado con el afán de legalidad", en especial cuando se encontrara "de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos". Se agregó, por otra parte, que este criterio habría de servir para justificar el control jurisdiccional frente a aquellos actos que, no obstante afectar intereses particulares, implicaran, por su contenido y trascendencia, "el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación".

Los planteamientos antes citados, como lo hemos advertido, desconocen, en realidad, la teoría de los móviles y finalidades, y ello resulta evidente si se tiene en cuenta que los mismos no tienen en cuenta el objetivo perseguido por el demandante al ejercer la acción, sino la naturaleza del acto acusado, volviendo al criterio que, antes de 1959, sostuvo la Corporación para distinguir la acción de nulidad de la de plena jurisdicción, hoy denominada de restablecimiento del derecho.

En efecto, conforme a la teoría de los móviles y finalidades, expuesta por la Sala Plena en 1961 y complementada en 1972, en principio, todos los actos administrativos -tanto los generales como los creadores de situaciones particulares y concretas- son susceptibles de ser atacados por medio de la acción de simple nulidad, salvo en aquellos eventos en los que la declaración de la nulidad solicitada conlleva el restablecimiento automático del derecho subjetivo lesionado por el acto, y ello porque debe entenderse que, en tales eventos, el móvil del demandante no lo constituye la sola defensa de la legalidad, sino la protección del derecho vulnerado, objeto de la acción de restablecimiento, y porque es necesario evitar que, por la vía de la nulidad simple, dicha protección pueda obtenerse aún después de caducada aquélla.

En cambio, de acuerdo con la tesis adoptada por la Sección Primera en 1990 y con la expuesta por la misma Sala en 1995 y acogida por la Sala Plena en 1996, la acción de nulidad, en principio, sólo procede contra los actos de contenido general; por excepción, procede contra los actos creadores de situaciones particulares y concretas, según la primera tesis, cuando la ley expresamente lo prevé, y según la presentada en las dos últimas oportunidades citadas, además, cuando la situación creada por el acto comporta un interés de la comunidad de especial relevancia, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y con proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos.

Así, mientras que, en aplicación de teoría de los móviles y finalidades, todos los actos particulares resultan pasibles de la acción de nulidad -salvo que con la declaración de ésta se restableciera automáticamente el derecho vulnerado por aquéllos-, conforme a las tesis posteriormente planteadas por el Consejo de Estado, dicha acción sólo puede ejercitarse contra tales actos cuando la ley lo prevé expresamente -lo cual no necesitaba, obviamente, de la formulación de un criterio jurisprudencial, en cuanto supone el simple acatamiento del mandato claro del legislador, que nunca pretendió ser desconocido por la teoría de los móviles y finalidades- y cuando el acto implicara el resquebrajamiento grave del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social o cultural de la Nación.

De modo que de acuerdo con la teoría expuesta en la sentencia de la Sala Plena del 29 de octubre de 1996, la acción de nulidad simple no podría formularse para atacar actos creadores de situaciones particulares y concretas, aun cuando de la declaración de nulidad no resultara automáticamente el restablecimiento del derecho vulnerado -lo que, precisamente, resultaba posible conforme a la teoría de los móviles y finalidades-, a menos que lo estableciera la ley expresamente o se presentaran las especialísimas circunstancias mencionadas en la última parte del párrafo anterior. No cabe duda, entonces, que, lejos de constituir una "ampliación" de la teoría de los móviles y finalidades, la tesis planteada en el fallo citado desconoció el fundamento de aquélla.

Debemos, anotar, finalmente, que, contrario a lo expresado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el fallo del que nos apartamos, y por la Corte Constitucional en la Sentencia C-426 de 2002, la sentencia expedida por aquélla el 29 de octubre de 1996 -cuyo criterio se sigue

en el primero- no ha sido uniformemente reiterado por todas las secciones del Consejo de Estado a partir de ese momento.

Prueba de ello encontramos en muchos pronunciamientos, entre los cuales vale la pena mencionar uno de la misma Sala Plena, del 9 de julio de 1997 (radicación S-712), por el cual se admitió una demanda formulada contra una resolución que revocó parcialmente el acto declaratorio de la elección de un ciudadano como Alcalde de un municipio del Tolima, en cuanto determinó indebidamente la fecha de vencimiento del período.

Se precisó, en primer lugar, que no se trataba de una demanda referida a la elección misma, sino al señalamiento de un período distinto al previsto en la ley, por lo cual debía entenderse que el acto acusado era de contenido electoral, y no un acto declaratorio de elección, de manera que la competencia era de la Sección Quinta en única instancia, lo que permitía a la Sala Plena asumir el conocimiento del asunto, atendiendo su importancia jurídica. Posteriormente, se expresó:

"Es de observar, además, que de prosperar las pretensiones, no obtendría el actor restablecimiento de derecho alguno -esa no es la finalidad de la acción ejercitada-. Simplemente busca que al elegido se limite el período de su condición de alcalde al que le señaló la Comisión Escrutadora municipal, en defensa del interés de todos los ciudadanos a que se respete su voluntad expresada en las urnas. Por ello la acción ejercitada, como bien lo precisó el actor, es la de simple nulidad.

Por ese aspecto es bueno recordar que la doctrina de los motivos y las finalidades, formulada inicialmente en sentencia del 10 de agosto de 1961 con ponencia del Dr. Carlos Gustavo Arrieta, ha venido evolucionando hasta el planteamiento que al presente acoge esta Corporación, según el cual "...la acción de simple nulidad procederá contra los actos administrativos de contenido general y con miras al mantenimiento de la legalidad abstracta; igualmente procederá, con idéntico propósito, contra los actos de contenido particular cuando su nulidad no restablezca el derecho de la persona afectada con el mismo...", salvo, agrega, cuando la ley expresamente lo prohíba (Sentencia abril 18 de 1996. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo - Sección Tercera)". (Se subraya).

Y en pronunciamiento reciente, del 17 de mayo de 2002 (expediente 0215), la Sección Primera revocó el auto inadmisorio de la demanda proferido por un Tribunal, cuyo fundamento fue el carácter particular del acto acusado, el cual, según el *a quo*, sólo podía ser demandado por el titular del derecho, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho -que ya estaba caducada-, y nunca por un tercero. Si bien dijo fundarse la citada sección en el pronunciamiento de la Sala Plena del 29 de octubre de 1996, hizo, en realidad, una mezcla de la tesis planteada en él y la teoría de los móviles y finalidades. Expresó, en efecto, lo siguiente:

"Ciertamente los actos administrativos acusados son de contenido particular, individual y concreto, como quiera que crean una situación de tal carácter a favor de la empresa..., en cuanto el Área Metropolitana del Centro Occidente la habilitó para la prestación del servicio público de transporte en la ciudad de Pereira...

Sin embargo, estima la Sala que dichos actos pueden ser susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad, por las siguientes razones:

1. Porque en la demanda no se evidencia un interés diferente del de proteger la legalidad, pues, a juicio del demandante, los actos acusados fueron expedidos por una autoridad incompetente, ya que debieron provenir de la autoridad municipal o distrital y no metropolitana.

(...)

2. En caso de prosperar la pretensión de nulidad, en principio, no se derivaría restablecimiento de derecho ni para el actor, ni para persona distinta.

3. Del texto de los artículos 84 y 85 del C.C.A., se evidencia que lo que diferencia una y otra acción es el interés para promoverla, esto es, la legalidad o la lesión en un derecho amparado en una norma jurídica y el restablecimiento del derecho.

4. El objeto al que se contraen dichos actos reviste interés para la comunidad". (Se subraya).

Citó, luego, la Sección Primera, los argumentos expuestos en la sentencia de la Sala Plena del 29 de octubre de 1996, indicando que constituían el respaldo de lo expresado, y concluyó:

"Acorde con lo anterior, si, como ya se dijo, el demandante pretende actuar exclusivamente en interés de la legalidad, el asunto a que se contraen los actos acusados bien puede considerarse de interés general para la comunidad en la medida en que procura la observancia estricta del principio capital que gobierna la función pública, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer aquellas atribuciones o competencias previamente asignadas, de manera expresa, por la Constitución, la ley o el reglamento... y como en el evento de prosperar su pretensión no se derivaría restablecimiento del derecho alguno para el actor ni para persona distinta, frente a la acción incoada, no se requiere acreditar la legitimación que reclama el a quo ni ella se gobierna por la caducidad". (Se subraya).

Resulta evidente, en nuestra opinión, que en este pronunciamiento se efectuó una verdadera adaptación de la tesis acogida por la Sala Plena en el fallo del 29 de octubre de 1996, para ajustarla a la teoría de los móviles y finalidades. En efecto, de la alusión hecha por aquel fallo a la utilidad del criterio adoptado para controlar los actos que, por su trascendencia, implican "el resquebrajamiento del orden jurídico", se hizo derivar la autorización para ejercer la acción de nulidad simple frente a actos de contenido particular, cuando el interés del demandante está referido, exclusivamente, a la guarda de la legalidad, lo que basta, entonces, para entender que el asunto comporta un interés general para la comunidad. Pero este planteamiento se complementa con otro, en todo coherente con la teoría de los móviles y finalidades, sin el cual la decisión, sin duda, habría sido diferente. Se reflexiona, en efecto, en el sentido de que, en el evento de prosperar la pretensión, no se

restablecería derecho alguno del actor o de un tercero.

Se impone, entonces, concluir, por una parte, que no existe -aun hoy- en el Consejo de Estado una posición unánime respecto de la interpretación que debe hacerse de los artículos 84 y 85 del C.C.A. y, por lo tanto, respecto de los casos en que resulta procedente la formulación de la acción de nulidad simple para atacar actos creadores de situaciones particulares y concretas. Por otra, que no todas las interpretaciones actualmente defendidas por las diferentes secciones de esta Corporación y por su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo corresponden a desarrollos de la teoría de los móviles y finalidades, dado que algunas de las tesis planteadas implican, por el contrario, el desconocimiento del razonamiento esencial que le sirve de fundamento.

### 3. La posición adoptada frente a la sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002:

Antes de abordar el estudio del problema de fondo, y con el fin de establecer si, en el caso concreto, podía asumir dicho estudio o debía proferir una decisión inhibitoria, la Corte Constitucional presentó los argumentos expuestos en la demanda formulada y razonó, en los siguientes términos, para concluir que en ella se planteaba una verdadera cuestión de constitucionalidad, en torno a la interpretación del artículo 84 del C.C.A.:

"3.1.1. Siguiendo los fundamentos de la demanda, no cabe duda que la actual controversia constitucional se plantea en torno a la forma como el Consejo de Estado viene interpretando el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (C.C.A.), por medio del cual se regula la acción de simple nulidad. Aplicando la doctrina de "los motivos y finalidades", el máximo organismo de la jurisdicción contenciosa sostiene que, por vía del contencioso público de anulación, pueden controvertirse los actos administrativos de contenido general y, por fuera de éstos, sólo los actos de contenido particular y concreto que expresamente señale la ley o que tengan trascendencia social y representen un interés para la comunidad. Conforme a éste criterio de interpretación, la mayoría de los actos administrativos de contenido particular no pueden, entonces, ser impugnados a través del ejercicio de la acción de simple nulidad, debiendo necesariamente acudir para tales efectos a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuyo término de caducidad es de cuatro meses.

3.1.2. Para el actor y algunos de los intervinientes, la lectura que el Consejo de Estado hace de la norma impugnada desborda su verdadero marco de aplicación, ya que lo único que ésta exige para que proceda la acción de simple nulidad es que el acto acusado esté incurso en alguna de las causales de anulación allí previstas, sin entrar a distinguir entre actos de contenido general o particular, ni exigir respecto de estos últimos la existencia "de un móvil patriótico como condición para que la demanda sea apta formalmente". Así, consideran que el criterio de interpretación que adopta el Consejo de Estado resulta restrictivo y violatorio de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en cuanto transgrede la integridad del ordenamiento jurídico e impide a los administrados recurrir a la acción de simple nulidad para impugnar los actos de contenido particular, en las condiciones previstas por el legislador dentro del citado artículo 84 del C.C.A.

3.1.3. Pues bien..., encuentra la Corte que si bien el demandante no estructuró un cargo directo de inexecutableidad contra el contenido material del texto impugnado, lo que en principio daría lugar a un fallo inhibitorio, la interpretación que el Consejo de Estado ha hecho de la norma y su ulterior cuestionamiento por parte de los distintos sujetos procesales -entre los cuales se cuenta al actor-, involucra sin lugar a equívocos un problema de interpretación constitucional que obliga a este organismo de control a asumir la competencia en el presente caso, con el propósito de definir si el sentido reconocido al precepto acusado por el máximo organismo de la jurisdicción contenciosa, que a su vez determina la forma como en la práctica éste viene siendo aplicado y que constituye la orientación dominante del texto en cuestión, armoniza con las garantías constitucionales que se aducen como violadas.

3.1.4. En este sentido, la competencia de la Corte se encuentra plenamente justificada, toda vez que el examen de constitucionalidad ha de concentrarse en la regla de derecho que por vía de interpretación define el ámbito de procedibilidad de la acción de simple nulidad frente a los actos administrativos de contenido particular y concreto, buscando establecer si el supuesto de hecho atribuido a la norma acusada por el interprete autorizado (art. 84 del C.C.A.), constituye una restricción ilegítima al ejercicio de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

3.1.5. Así las cosas, para los efectos de abordar el estudio del problema jurídico planteado en esta causa, resulta necesario que la Corte se refiera, tanto al tratamiento que el derecho colombiano le ha dado a la acción de nulidad, como al valor y alcance que la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha reconocido a los preceptos que la regulan. En este contexto, se procederá a resolver si, a la luz de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, la orientación jurisprudencial reconocida al artículo 84 del C.C.A. por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se ajusta a la Constitución Política". (Se subraya).

De entrada, debe formularse un primer reparo frente al planteamiento de la Corte. Si bien, en nuestra opinión y conforme a lo explicado anteriormente, no hay duda de que esa Corporación tenía competencia para conocer la demanda de inconstitucionalidad en el caso concreto, dirigida a controvertir la exequibilidad del artículo 84 del C.C.A., en cuanto dicha norma admite una interpretación adoptada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo y citada en la misma demanda, que, según el actor, puede implicar una restricción indebida de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso -cuestión de constitucionalidad indudable-, dicha interpretación no es la única propuesta, para tal precepto, por el Consejo de Estado, por lo cual la Corte estaba obligada a estudiar la exequibilidad de la norma a la luz de las otras tesis formuladas por esa Corporación.

Por la misma razón, como ya se ha advertido, no es cierto lo expresado por la Corte, en el sentido de que "[l]a posición asumida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia del 10 de agosto (sic) de 1996, ha sido reiterada de manera uniforme por el Consejo de

Estado", y tampoco lo es, en consecuencia, que tal posición constituya "la orientación dominante de la forma como el máximo tribunal de lo contencioso administrativo viene aplicando el artículo 84 del C.C.A." (ver numerales 5.9. y 5.10. del fallo).

Abordando el estudio de fondo, precisó la Corte el contenido del derecho de acceso a la administración de justicia, indicando, inicialmente, que:

"...se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder (sic) acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes...". (Se subraya).

Y agregó:

"...No existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena "*garantiza[r] el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia*", está adoptando como imperativo constitucional del citado derecho su *efectividad*, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas.

Explicó la Corte, de otra parte, la relación de este derecho con el debido proceso, en la siguiente forma:

"6.5. Teniendo en cuenta su importancia política, la jurisprudencia constitucional le ha venido reconociendo al acceso a la administración de justicia el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata [Cfr., entre otras, las sentencias T-006/92, C-059/93, T-538/94, C-037/96, C-215/99 y C-1195/2001], integrándolo a su vez con el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Esto último, por cuanto la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva es, como quedó expresado, el medio a través del cual se asegura el acceso al servicio público de la administración de justicia -cuando se dan las circunstancias requeridas-, de manera que, sin su previo reconocimiento, no podrían hacerse plenamente efectivas el conjunto de garantías sustanciales e instrumentales que han sido estatuidas para gobernar y desarrollar la actuación judicial...

(...)

6.6. Por razón de su vinculación directa con el debido proceso y con otros valores constitucionales como la dignidad, la igualdad y la libertad, el acceso a la administración de justicia se define también como un derecho medular, de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos". (Se subraya).

Respecto del contenido y alcance del derecho de acceso a la administración de justicia, hizo la Corte otras importantes observaciones, que, por su relevancia frente a los argumentos que se expondrán posteriormente en este salvamento de voto, resulta necesario citar *in extenso*. Expresó aquella Corporación:

6.7. Cabe precisar, que si bien la tutela judicial efectiva se define como un derecho fundamental de aplicación inmediata, esta última característica es predicable básicamente de su contenido o núcleo esencial, ya que el diseño de las condiciones de acceso y la fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde establecerlos al legislador... Ciertamente, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 2° del artículo 150 Superior, la regulación de los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, características, formas, plazos y términos es atribución exclusiva del legislador, el cual, atendiendo a las circunstancias socio-políticas del país y a los requerimientos de justicia, goza para tales efectos de un amplio margen de configuración tan sólo limitado "por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en cuanto éstas se encuentren acordes con las garantías constitucionales de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales" [Sentencia C-1043/2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis].

6.8. Siendo el acceso a la administración de justicia también un derecho de configuración legal, los cauces que fije el legislador en torno a la regulación y ejecución material del mismo, que incluyen la posibilidad de establecer limitaciones y condicionamientos para el uso adecuado del servicio, deben respetar siempre su núcleo esencial y ajustarse a las reglas que sobre el tema ha definido la Constitución, sin que resulten admisibles aquellas medidas excesivas que no encuentren una justificación razonable y que, por el contrario, tiendan a obstaculizar la efectividad y operancia del derecho fundamental en cuestión y la prevalencia de los demás derechos fundamentales. Esto conduce a que su desarrollo legislativo deba estar siempre orientado a garantizar el marco jurídico de aplicación que, como ya se anotó, comprende en su parte más íntima los derechos de acceso a un juez o tribunal imparcial -derecho de acción-, a obtener la sentencia que resuelva las pretensiones planteadas de conformidad con las normas vigentes, y a que el fallo adoptado se cumpla efectivamente -si hay lugar a ello-; derechos cuya ejecución supone, entonces, la previa definición de las condiciones y requisitos de operatividad.

6.9. En relación con esto último, es de observarse que el derecho fundamental de acceso a la justicia no se entiende agotado con el mero diseño normativo de las condiciones de operatividad. En consonancia con el principio de efectividad que lo identifica, su ámbito de protección

constitucional obliga igualmente a que tales reglas sean interpretadas a la luz del ordenamiento superior, en el sentido que resulten (sic) más favorable al logro y realización del derecho sustancial y consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley...

6.10. Integrar los conceptos de antiformalismo e interpretación conforme a la garantía consagrada en el artículo 229 de la Carta, en manera alguna busca desconocer o debilitar el papel protagónico que cumplen las reglas de procedimiento en la ordenación y preservación del derecho de acceso a la justicia, ni contrariar el amplio margen de interpretación que el propio orden jurídico le reconoce a las autoridades judiciales para el logro de sus funciones públicas. Por su intermedio, lo que se pretende es armonizar y racionalizar el ejercicio de tales prerrogativas, evitando que los criterios de aplicación de la ley, excesivamente formalistas, en cierta medida injustificados o contrarios al espíritu o finalidad de las normas aplicables, puedan convertirse en un obstáculo insuperable que terminen por hacer nugatorio el precitado derecho a la protección judicial y, por su intermedio, el desconocimiento de valores superiores como la igualdad de trato, la libertad y el debido proceso". (Se subraya y resalta).

Insiste, luego, la Corte, refiriéndose concretamente a la interpretación de la norma citada por el demandante, en que ella constituye la "posición que en forma institucional asumió el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en sentencia del 10 de agosto (sic) de 1996, reiterada de manera uniforme en múltiples pronunciamientos", y la explica indicando que:

"...se dirige a considerar que la simple nulidad sólo procede frente a los actos de contenido particular y concreto en dos casos específicos: (i) cuando expresamente lo consagre la ley y (ii) cuando el acto individual revista un especial interés para la comunidad que trascienda el mero interés de la legalidad en abstracto, comprometiendo el orden público, social o económico del país. Según dicho criterio jurisprudencial, en los demás casos la acción de simple nulidad no será admisible respecto de los actos particulares, debiendo acudirse a la acción de nulidad y restablecimiento dentro del término de caducidad fijado en la ley".

Inmediatamente después, presenta en los numerales 7.12 y 7.13 argumentos en el sentido de que esta interpretación limita injustificadamente el alcance del artículo 84 del C.C.A., dado que el mismo no establece "distinciones en relación con la clase de actos administrativos que pueden ser demandados por esa vía", esto es, mediante el ejercicio de la acción de simple nulidad.

Acepta la Corte que, de acuerdo con las reglas que identifican las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, es claro que la diferencia fundamental entre ellas está referida al hecho de que la primera "tiene por objeto principal, directo y exclusivo, preservar la legalidad de los actos administrativos" (se subraya), mientras que la segunda no versa únicamente sobre una pretensión de legalidad, sino que "propende por la garantía de los derechos subjetivos particulares mediante la restitución de la situación jurídica a la persona afectada". Así, la distinción entre las dos acciones se determina, no por el contenido o la naturaleza del acto, sino por "la naturaleza de la pretensión que se formule".

Hasta aquí, ninguna observación merecería el planteamiento de la Corte. Nuestros reparos se refieren a las conclusiones que se presentan, inmediatamente después, en los numerales 7.14 y siguientes de la sentencia. Sin hacer consideraciones adicionales, en efecto, concluye dicha Corporación lo siguiente:

"7.14. (...)

En esos términos, si la pretensión procesal del administrado al acudir a la jurisdicción se limita tan sólo a impugnar la legalidad del acto administrativo, no existe razón para desconocerle el interés por el orden jurídico y privarlo del acceso a la administración de justicia, por la fútil consideración de que la violación alegada provenga de un acto de contenido particular y concreto que también afecta derechos subjetivos. Resultaría insólito y contrario al Estado de Derecho que la Administración, acogiéndose a criterios netamente formalistas que no interpretan fielmente los textos reguladores sobre la materia, se pueda sustraer del régimen legal que gobierna la actividad pública y, de contera (sic), del control judicial de sus propios actos, como si unos -los de contenido general- y otros -los de contenido particular- no estuvieran sometidos al principio de legalidad.

7.15. Bajo este entendido, consultando el espíritu de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o a terceros. Siguiendo este mismo razonamiento, si lo que persigue el demandante es un pronunciamiento anulatorio y la consecuente reparación de los daños antijurídicos causados, lo que cabe es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a ejercitarse dentro del término de caducidad a que hace expresa referencia el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., para que el juez proceda no sólo a decretar la nulidad del acto sino también al reconocimiento de la situación jurídica individual que ha resultado afectada.

7.16. Así las cosas, independientemente de las tesis que hayan sido expuestas en el seno del máximo órgano de la jurisdicción administrativa para delimitar la procedencia de la acción de nulidad contra actos de contenido particular, la formulación y exigencia de requisitos adicionales no contenidos en el texto de la norma acusada ni derivados de su verdadero espíritu y alcance, representan, sin lugar a dudas, una carga ilegítima para los administrados que afecta y restringe de manera grave el ejercicio de sus derechos fundamentales de acceso a la justicia y al debido proceso, pues, lo ha dicho la Corte [Cfr. la sentencia C-011/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero], el interprete no puede hacer decir a las normas lo que éstas no dicen, mucho menos si el sentido que les atribuye excede su verdadero contenido y no se ajusta al texto de la Constitución Política.

7.17. Establecer como orientación jurisprudencial dominante, que la acción de nulidad sólo procede contra los actos de contenido particular

cuando lo indique la ley o cuando éstos representen un interés para la comunidad, no sólo comporta una interpretación inexacta del contenido del artículo 84 del C.C.A., cuyo texto permite demandar por vía de la simple nulidad todos los actos de la Administración, sino también, una inversión de la regla allí establecida, en cuanto que la citada orientación lleva a la conclusión de que sólo por excepción los actos administrativos de contenido particular son demandables a través de la acción de simple nulidad, sentido que jamás podría extraerse del texto de la preceptiva impugnada ni del alcance que la propia Constitución y la ley le han fijado a la acción Pública de nulidad". (Se subraya y resalta).

De lo anterior, se deduce claramente que los argumentos de la Corte no sólo cierran el paso a la interpretación de los artículos 84 y 85 del C.C.A. adoptada en la sentencia del 29 de octubre de 1996 -a la que se refiere erróneamente como del 10 de agosto del mismo año-, sino también a la verdadera teoría de los móviles y finalidades, adoptada en el citado fallo del 10 de agosto de 1961 y complementada en 1972, que, como ha quedado demostrado, continuaba aplicándose recientemente por el Consejo de Estado, tanto en decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como en pronunciamientos de sus secciones. Y ello es evidente si se tiene en cuenta que la Corte expresa que la acción de nulidad procede contra "todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o a terceros". (Se resalta).

Sin embargo, ninguna argumentación presenta la Corte para cuestionar la citada teoría, que, debemos insistir, no coincide en absoluto con la expuesta en el fallo del 29 de octubre de 1996, ésta sí, en nuestra opinión, verdaderamente restrictiva del derecho de acceso a la administración de justicia -y por lo tanto del debido proceso-, en cuanto supone la creación, por parte del juez, de una regla que, de ninguna manera, puede surgir de la interpretación de las normas aludidas y, como lo expresa la Corte, por fundarse en la distinción entre actos generales y actos creadores de situaciones particulares y concretas, invierte la regla contenida en el artículo 84. Resulta, entonces, irrazonable y contraria a los derechos constitucionales mencionados.

La teoría de los móviles y finalidades, en cambio, en su verdadero alcance -precisado en el capítulo anterior de este salvamento de voto-, desecha la valoración de la naturaleza de los actos administrativos como criterio para determinar la procedencia de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Ella se determina, en efecto, conforme a tal teoría, atendiendo al objetivo mismo de dichas acciones, lo que implica tener en cuenta no sólo el contenido literal de la pretensión formulada en el caso concreto, sino el efecto de la declaración de nulidad. Lejos de ser ésta una "fútil consideración" o un "criterio netamente formalista que no interpreta fielmente los textos reguladores sobre la materia", es claro, en nuestra opinión, que la misma se funda, directa y necesariamente, en el contenido del artículo 85 del C.C.A, según el cual, como la Corte -por lo demás- lo reconoce, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene por objeto obtener no sólo la nulidad del acto administrativo acusado, sino el restablecimiento del derecho lesionado. No resulta lógico, entonces, desconocer la relevancia de las consecuencias derivadas de la sola declaración de nulidad que, en algunos eventos, supone la obtención del restablecimiento, de manera automática. Un ejemplo claro de esta situación se presenta cuando, declarada la nulidad de un acto que impone la sanción disciplinaria de multa, el obligado en virtud del mismo, que no la ha pagado, queda eximido de hacerlo.

Pero, insistimos, ninguna consideración hace la Corte para desechar este razonamiento. En efecto, refiriéndose inicialmente sólo a la interpretación contenida en el fallo del 29 de octubre de 1996, esa Corporación extiende sus conclusiones de modo tal que resulta desechada una interpretación diferente, cuyos fundamentos no estudia. Y es que no se explican las razones por las cuales la teoría de los móviles y finalidades restringe indebidamente los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso. No puede olvidarse que, conforme a dicha teoría, los actos administrativos creadores de situaciones particulares y concretas pueden ser siempre demandados en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, por regla general, también son susceptibles de ser acusados por la vía de la acción de simple nulidad, salvo que con ellos se vulnere o restrinja un derecho que, en virtud de la sola declaración de nulidad, resulte restablecido, con lo cual se atiende estrictamente a la distinción de objetivos de las dos acciones consagradas en los artículos 84 y 85 del C.C.A. y se asegura el cumplimiento de la voluntad del legislador de limitar -mediante el establecimiento de un término de caducidad- la posibilidad de obtener el aludido restablecimiento. Y es que ninguna diferencia existe, respecto de los resultados obtenidos, necesariamente ligados al objeto de las acciones, entre los casos en que se solicita expresamente el restablecimiento del derecho y aquéllos en que, sin que se formule una pretensión en ese sentido, el restablecimiento se obtiene automáticamente. No nos cabe la menor duda de que esta interpretación corresponde, estrictamente, al contenido de los artículos citados, y que, en esa medida, resulta razonable y perfectamente ajustada al querer del legislador.

Sin embargo, tampoco presenta la Corte argumentación alguna para negar su proporcionalidad y su justicia. Abordando el análisis que esa Corporación omite, en relación con la caducidad, tendría que concluirse, en nuestra opinión, que la restricción prevista en el artículo 136, numeral 2º, del mismo C.C.A., relativa a la procedencia de la acción de restablecimiento dentro de los cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso -salvo cuando se trata de actos que reconocen prestaciones periódicas, que pueden demandarse en cualquier tiempo-, se explica y justifica claramente por la necesidad de definir prontamente las situaciones de carácter concreto que restringen o vulneran derechos particulares, a fin de garantizar la seguridad jurídica, y ello, obviamente, siempre que de la decisión judicial pueda derivarse la modificación de aquéllas, y no solo cuando en el contenido literal de la pretensión formulada pueda encontrarse la búsqueda de tal finalidad. Es la sola valoración de esto último, y no la consideración de lo primero, evidentemente, lo que implicaría atender criterios "netamente formalistas", que no sólo no interpretan fielmente, sino que desconocen, los textos legales reguladores de la materia.

No puede olvidarse, por lo demás, que, refiriéndose, precisamente, al fenómeno de la caducidad, la Corte Constitucional ha expresado, en sentencia C-351 del 4 de agosto de 1994, que "[e]l derecho de acceso a la administración de justicia sufriría grave distorsión en su verdadero significado si... pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie", dado que ello conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia y supondría implícitamente la exoneración del individuo

de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia y con su prestación recta y eficaz. Aun más, en el mismo pronunciamiento, la Corte fue clara al expresar lo siguiente:

"De ahí que tampoco sea sostenible el argumento según el cual la caducidad frustra el derecho de acceso a la justicia, pues, mal podría violarse este derecho respecto de quien gozando de la posibilidad de ejercerlo, opta por la vía de la inacción. Es imposible que pueda desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntaria dejación del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda.

(...)

Finalmente y a propósito de la supuesta vulneración del principio de igualdad esta Corte advierte que la hipótesis fáctica de las acciones de restablecimiento del derecho no se corresponde con la de las acciones de nulidad. Pese a lo obvio (sic) que para algunos pudieren ser sus diferencias, en punto a la consideración de este cargo, es pertinente recordar que en aquellas el titular del derecho tiene un interés subjetivo de carácter particular, en lograr por la vía de la nulidad del acto administrativo, el restablecimiento del derecho.

Por lo expuesto, encuentra la Corte que al establecer términos de caducidad para las acciones contencioso administrativas de restablecimiento del derecho, el legislador ejerció las competencias que le ha entregado la Constitución Política, sin desconocer el derecho de acceso a la administración de justicia, ni ningún otro de la Carta...". (Se subraya).

Consideramos pertinente anotar, al respecto -y aun cuando constituya una simple reiteración sobre lo ya expresado-, que no puede perderse de vista una observación indudable: tanto la acción de simple nulidad como la de restablecimiento del derecho tienen por objeto -que en la primera es exclusivo y en la segunda no- el cuestionamiento de la validez del acto, por lo cual es la búsqueda y, sobre todo, la posibilidad de obtener el restablecimiento el elemento central de su distinción. Así las cosas, la justificación del término de caducidad no puede encontrarse sólo en los eventos en que se solicita expresamente tal restablecimiento, sino en aquéllos en los que éste efectivamente se obtiene. Esta consideración, en todo ajustada a la lógica y a la justicia, que constituye claramente el substrato de la teoría de los móviles y finalidades, no fue cuestionada por la Corte en la sentencia C-426 de 2002; puede decirse, sin temor, que ni siquiera fue tenida en cuenta.

Para abundar en razones sobre lo expuesto, debemos agregar que la Corte desconoce su propia jurisprudencia. En sentencia C-115 de 1998, expresó, en efecto, que la caducidad supone la expiración del término perentorio previsto en la ley para el ejercicio de ciertas acciones, "cuando por un acto, hecho, omisión u operación administrativa por parte de una autoridad pública, se lesiona un derecho particular" (se subraya), de modo que dicho término constituye "una garantía para la seguridad jurídica y el interés general". El restablecimiento de ese derecho, en consecuencia, tiene relevancia indudable para definir la aplicación del fenómeno mencionado, y no sólo para limitar el derecho de ejercer la acción al particular afectado, sino a cualquier ciudadano. No puede entenderse, de otra manera, lo expresado por la citada Corporación en el mismo fallo, en el sentido de que "...la fijación de los términos de caducidad responde... a la necesidad de otorgar certeza jurídica al accionante y a la comunidad en general, así como para brindarle estabilidad a las situaciones debidamente consolidadas en el tiempo, así como a los actos administrativos no impugnados dentro de las oportunidades legales". (Se subraya).

Atendiendo estos planteamientos, la Corte ha considerado ajustados a criterios de razonabilidad los términos de caducidad establecidos para la acción de reparación directa<sup>5</sup>, la acción de repetición<sup>6</sup>, la propia acción de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>7</sup> y aun para la acción contractual dirigida a solicitar la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal -que según la ley es de dos (2) años, y eventualmente de cinco (5)-, en la que la protección de la legalidad constituye el objeto fundamental, lo que justifica la legitimación que, para formularla, tienen no sólo las partes contratantes, sino el Ministerio Público y cualquier persona interesada, así como la facultad oficiosa del juez para declararla<sup>8</sup>.

No se entiende, entonces, cómo puede la Corte afirmar lo siguiente:

"7. 21. En estos términos, si el imperativo constitucional del derecho a la tutela judicial es su *efectividad*, entendida ésta como el compromiso estatal de garantizar en forma real el acceso a la jurisdicción para lograr el restablecimiento del orden jurídico y la garantía de los derechos ciudadanos, puede asegurarse que la interpretación que viene haciendo el Consejo de Estado del precitado artículo 84 del C.C.A. desconoce este derecho medular, pues, además de impedirle al afectado solicitar el restablecimiento de la situación jurídica individual por encontrarse vencido el término legal estatuido para esos efectos, también se le está limitando al ciudadano -interesado o tercero- el acceso al proceso para controvertir la simple legalidad de ciertos actos administrativos de contenido particular, sin que ese haya sido el verdadero interés del constituyente ni del legislador extraordinario al regular la acción pública de simple nulidad. (Se subraya).

Es claro que la Corte, con este planteamiento, desautoriza tanto la interpretación acogida en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 29 de octubre de 1996, como la que corresponde a la verdadera teoría de los móviles y finalidades, expuesta en el fallo del 10 de agosto de 1961 y reiterada aún después de aquél en múltiples pronunciamientos, varios de ellos recientes. En efecto, se ocupa aquella Corporación, inmediatamente después de exponer el razonamiento que acaba de transcribirse, de buscar una solución al gravísimo inconveniente advertido y superado por el Consejo al elaborar la última tesis citada, y dispone, entonces, lo siguiente:

"7.22. Así, cuando una persona con interés directo pretenda demandar un acto de contenido particular y concreto, podrá alternativamente acudir al contencioso de anulación por dos vías distintas. Invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C.C.A. art. 85), caso en el cual lo hace motivada por el interés particular de obtener el restablecimiento del derecho o la reparación del daño antijurídico como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto. En la medida en que esta acción no se intente o no se ejerza dentro de los cuatro meses de que habla la ley (C.C.A. art. 136-2), quien se considere directamente afectado o un tercero, podrán promover la acción de simple nulidad en cualquier tiempo (C.C.A. arts. 84 y 136-1), pero única y exclusivamente para solicitar de la autoridad judicial la nulidad del acto violador, dejando

a un lado la situación jurídica particular que en éste se regula, para entender que actúan por razones de interés general: la de contribuir a la integridad del orden jurídico y de garantizar el principio de legalidad frente a los excesos en que pueda incurrir la Administración en el ejercicio del poder público. En estos casos, la competencia del juez contencioso administrativo se encuentra limitada por la pretensión de nulidad del actor, de manera que, en aplicación del principio dispositivo, aquél no podrá adoptar ninguna medida orientada a la restitución de la situación jurídica particular vulnerada por el acto. Ahora bien, si se acusa un acto de contenido particular y concreto por vía de la acción de simple nulidad, y la demanda no se interpone por el titular del derecho afectado sino por un tercero, es imprescindible que el juez contencioso vincule al proceso al directamente interesado, con el fin de que éste intervenga y pueda hacer efectivas las garantías propias del derecho al debido proceso.

7.23. Siguiendo este razonamiento, en el entendido que la procedencia de una u otra acción está determinada por la pretensión que se formule ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es menester precisar que cuando se demanda por vía de la acción de simple nulidad un acto de contenido particular y concreto que crea o reconoce un derecho subjetivo, pese a que el mismo haya sido declarado nulo en la respectiva sentencia, el juez de la causa está obligado a mantener intangible el derecho en cuestión ya que, como se ha venido explicando, el pronunciamiento judicial en estos casos es única y exclusivamente de legalidad en abstracto. Téngase en cuenta que, una vez vencido el término de caducidad previsto en la ley para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento sin que ésta se haya impetrado -que es de cuatro meses si se trata de un particular o de dos años si quien demanda es una persona de derecho público-, el derecho subjetivo reconocido en el respectivo acto administrativo adquiere firmeza jurídica y se torna inmodificable, de manera que, frente a la posible declaratoria de simple nulidad del acto, la cual puede promoverse en cualquier tiempo, deben hacerse prevalecer los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima en favor del titular del derecho previamente reconocido.

7.24. Asimismo, en aras de la certeza y seguridad jurídica, habrá de aclararse que cuando no se promueva la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad fijado en la ley, y se demande un acto de contenido particular y concreto a través de la acción de simple nulidad, la sentencia que acoge la pretensión de nulidad del acto no abre la posibilidad para que el sujeto afectado pueda entrar a solicitar la reparación del daño antijurídico derivado de dicho acto. En realidad, el hecho de que no se haya reclamado en tiempo el reconocimiento de una situación jurídica individual afectada por un acto administrativo, impide de plano que pueda utilizarse el contencioso de simple anulación como medio para revivir nuevamente la posibilidad de reclamar, por vía judicial, el restablecimiento del derecho presuntamente afectado.

7.25. Acogiendo los criterios que han sido expuestos, la Corte procederá a declarar la exequibilidad del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tal y como fue subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto, en los términos de la parte motiva de esta Sentencia". (Se subraya).

Se tiene, entonces, que la Corte impone su criterio en el sentido de que la acción de simple nulidad procede contra todo tipo de actos administrativos, esto es, tanto los generales como los creadores de situaciones de contenido particular y concreto, de modo que la declaración de su invalidez puede ser solicitada por cualquier persona y en todo tiempo, pero tratándose de éstos últimos, el juez debe tomar medidas para evitar que se vulneren los derechos creados por ellos o se restablezcan los que, por los mismos, hubieren sido afectados.

Con el respeto que nos merece esa Corporación Constitucional, debemos observar que la solución propuesta no sólo desatiende el contenido de los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo y resulta claramente irrazonable, en cuanto propicia la generación de graves contradicciones internas del sistema jurídico, sino que desestima un hecho incuestionable, como lo es la imposibilidad de obtener el objetivo buscado en múltiples situaciones concretas. En otros términos, tal solución pone en entredicho principios constitucionales básicos como el debido proceso y la seguridad jurídica, y en cuanto aumenta el espectro del derecho de acceso a la justicia, desconoce indebidamente las reglas trazadas por el legislador, en ejercicio de su autonomía.

Debe recordarse lo antes expuesto -y aceptado por la misma Corte-, en el sentido de que la distinción entre las dos acciones previstas en las normas citadas está referida al objeto, adicional a la simple declaración de invalidez del acto, que tiene una de ellas, esto es, el restablecimiento del derecho lesionado. Así las cosas, si con la declaración de la nulidad se obtiene tal restablecimiento, esa Corporación propone que el juez cierre la posibilidad de que éste opere, de manera que justifica mantener la vulneración de un derecho que se ha producido con fundamento en un acto declarado inválido por la jurisdicción. No puede entenderse cómo semejante contradicción -claramente opuesta a los principios constitucionales antes mencionados- puede encontrar su aval en los artículos 84 y 85 del C.C.A. Mucho menos si se tiene en cuenta que la declaración de la nulidad, como vicio que se presenta en el momento de la formación del acto, tiene efectos *ex tunc*, salvo en el evento previsto -a manera de excepción- en el artículo 136, numeral 2, del mismo código, conforme al cual la nulidad de los actos que reconocen prestaciones periódicas no da lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

Resultan, entonces, justificadas las observaciones formuladas en la sentencia de la Sala Plena de la que nos apartamos, en el sentido de que la decisión de la Corte "institucionaliza la vía de hecho" y "acaba con la figura del decaimiento del acto administrativo".

Pero aún más, la Corte dispone que, cuando el acto declarado inválido crea o reconoce un derecho subjetivo, el juez está obligado a mantener intangible ese derecho. Se advierte, en este evento, la misma contradicción, y debe anotarse que, conforme a la teoría de los móviles y finalidades, en estos casos, la acción de nulidad simple puede ejercerse en cualquier tiempo y por cualquier persona, sin que se plantee limitación alguna en relación con sus consecuencias, dado que la prosperidad de la pretensión jamás podría dar lugar al restablecimiento del derecho de un particular, puesto que ninguno se había vulnerado con el acto. Restringe, entonces, esa Corporación, en relación con los actos de contenido particular y concreto que crean o reconocen derechos, los efectos de la acción de nulidad simple, en una forma no querida por el

legislador.

En cuanto a los problemas que, en situaciones concretas, puede presentar la aplicación de la teoría de la Corte, por lo demás, se desatienden las advertencias hechas por el Consejo de Estado respecto de ciertos casos -muy recurridos en los diferentes fallos fundados en la teoría de los móviles y finalidades-, en los que el restablecimiento del derecho se produce con la sola declaración de nulidad del acto. Así, no se entiende cómo se impedirá que tal restablecimiento ocurra cuando, por ejemplo, se declare inválido el acto que crea un impuesto, y éste -por cualquier razón- aún no haya sido pagado por el particular. Si la decisión administrativa es demandada por dicho particular o por un tercero, en ejercicio de la acción de nulidad simple y luego de caducada la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y el acto es declarado nulo, sin lugar a dudas, la administración no tendrá vía legal alguna para exigir el cumplimiento de la obligación. Una situación similar se presentará cuando, en el caso citado en otro aparte de este salvamento, se declare la nulidad del acto que impone la sanción disciplinaria de multa y ésta no haya sido cancelada.

No podemos, entonces, sino concluir que, fundada en el prurito de garantizar la protección de la legalidad, como valor abstracto, en todo tiempo, la Corte impone una interpretación de la ley que justifica la protección de situaciones abiertamente contrarias al ordenamiento. La desproporción y, por lo tanto, la irrazonabilidad del planteamiento saltan a la vista.

De acuerdo con lo expresado, nos apartamos del fallo proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado el pasado 4 de marzo de 2003, en cuanto considera ajustada a la Constitución la interpretación acogida por la misma Corporación en sentencia del 29 de octubre de 1996 y, fundado en argumentos que aquí han sido cuestionados, tales como la incompetencia de la Corte para proferir fallos de exequibilidad condicionada y el carácter de juez constitucional del propio Consejo de Estado, desconoce la decisión contenida en la sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002.

Consideramos, sin embargo, con apoyo en los argumentos que se han expuesto en este acápite, que existían razones suficientes para apartarse del citado fallo de constitucionalidad. En efecto, en la medida en que la Corte no estudió el contenido de la teoría de los móviles y finalidades, en su verdadero alcance, ni demostró, en los términos de la sentencia C-496 de 1994, citada en la primera parte de este escrito, por qué dicha teoría podría ser considerada restrictiva del derecho de acceso a la administración de justicia y del debido proceso -atendiendo al contenido que a tales derechos se reconoce-, o por qué serían sus planteamientos irrazonables, es claro que no se hizo un verdadero juicio de constitucionalidad respecto de dicha teoría.

No explica la Corte, por ejemplo, por qué debería considerarse insuficiente o inadecuada la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como único procedimiento viable para buscar la nulidad de los actos que restringen o desconocen derechos de los administrados, cuando la restricción o el desconocimiento desaparecen con la sola declaración de nulidad y sin necesidad de adoptar medidas adicionales. Nada dice sobre las razones que justificarían establecer una distinción entre la situación que se presenta cuando se pide claramente el restablecimiento del derecho, y aquella que se verifica cuando tal restablecimiento se logra automáticamente con la declaración de invalidez del acto.

Pero tampoco expone argumento alguno para explicar por qué es irrazonable o desproporcionada la interpretación según la cual, para garantizar el cumplimiento de los procedimientos establecidos por el legislador, atendiendo a los objetivos de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, la primera no procede para obtener la reparación del derecho afectado, cuando ésta se produce con la sola declaración de invalidez del acto y el término de caducidad de la segunda se encuentra vencido, y nada se dijo, por lo demás, para indicar por qué resultaría dicha interpretación "contraria al verdadero espíritu y finalidad de la ley".

En estas condiciones, se impone concluir que la Corte no cuestionó -y mucho menos demostró- la inconstitucionalidad de la teoría de los móviles y finalidades, no obstante lo cual adoptó una decisión que impide su aplicación. No cabe duda, entonces, de que la citada Corporación invadió la competencia del Consejo de Estado, imponiendo una interpretación de la ley que, como se explicó, sí resulta, en cambio, contraria a principios básicos del ordenamiento, como lo son el debido proceso y la seguridad jurídica, por lo cual debe ser considerada irrazonable y desproporcionada.

Por estas razones y en los términos explicados, consideramos que existe fundamento suficiente para desconocer la decisión de la Corte Constitucional, en cuanto impide la aplicación de la teoría de los móviles y finalidades, en su real alcance.

#### 4. La solución del caso concreto:

Se demandó, en ejercicio de la acción de nulidad simple, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la Resolución 0074 del 5 de febrero de 1997, por la cual el Secretario General del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural reconoció personería jurídica a la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá - Asofuc, y ordenó la inscripción correspondiente.

Dado que dicho acto creó una situación jurídica particular, el Consejo de Estado consideró que la demanda debía interpretarse en el sentido de considerar la acción formulada como de nulidad y restablecimiento del derecho. Expresó, en efecto, que los actos particulares no son susceptibles, "según la ley y la jurisprudencia de esta Corporación", de ser atacados por medio de la acción de simple nulidad.

La demanda fue presentada por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR, y el Consejo de Estado consideró que su interés estaba representado en el carácter de organismo ejecutor de los distritos de adecuación de tierras que -según sus propias alegaciones- tenía dicha entidad.

Luego de explicar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se encontraba caducada, por no haberse efectuado en debida

forma la notificación del acto, lo que impidió que el término respectivo comenzara a correr, analizó el Consejo el cumplimiento de los requisitos formales en la expedición de aquél y concluyó que la demandante no desvirtuó lo expuesto en las consideraciones de éste último, en el sentido de que el organismo ejecutor del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá fuera el INAT. Por ello, se dijo, no podía prosperar el cargo referido a que la personería jurídica había sido reconocida atendiendo a un concepto de viabilidad formulado por un organismo incompetente.

Dadas las dificultades que esta conclusión generaba respecto de lo expresado inicialmente sobre la legitimación de la CAR para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consideró el Consejo que "su interés en el acto acusado surge también de la estrecha relación que tiene dicha entidad con las actividades propias del distrito en referencia, como quiera que pueden comprometer los recursos naturales y el medio ambiente del territorio bajo su jurisdicción como autoridad ambiental que es". Por esta razón, dijo, "vale mantener su reconocimiento como legitimada para actuar como actora del proceso".

Abordó la Sala Plena, posteriormente, el estudio de los otros cargos formulados contra el acto demandado, y concluyó que no fueron probados, por lo cual decidió negar las súplicas de la demanda.

En relación con esta argumentación, debemos anotar, en primer lugar, que no podía considerarse, de ninguna manera, que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR había sido lesionada en un derecho suyo como consecuencia de la expedición del acto acusado. Su interés -bien como organismo ejecutor, o como entidad protectora de los recursos naturales y del medio ambiente en el territorio bajo su jurisdicción- no podría ser entendido sino como un típico interés general. Su protección, entonces, sólo podía ser buscada en ejercicio de la acción de simple nulidad, y no de la de nulidad y restablecimiento del derecho, que, conforme al artículo 85 del C.C.A., sólo puede ser ejercida por la "persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica".

De otra parte, conforme a lo explicado en el segundo acápite de este salvamento de voto y de acuerdo con la verdadera teoría de los móviles y finalidades, el carácter de acto de contenido particular y concreto que, en efecto, tiene la resolución demandada, no impedía que en su contra se formulara la acción de simple nulidad, dado que ésta procede contra todo tipo de actos, aun contra los que tienen tal carácter, siempre que con la sola declaración de invalidez no se produzca el restablecimiento del derecho vulnerado. Y como ningún derecho particular lesionaba el acto -que más bien reconocía uno a favor de la mencionada asociación de usuarios-, de la declaración de nulidad no podía derivarse restablecimiento automático alguno.

Así las cosas, nos apartamos del fallo de la Sala Plena en cuanto, para la solución del caso concreto, reitera la teoría expuesta por esa colectividad en sentencia del 29 de octubre de 1996, en nuestra opinión justificadamente excluida del ordenamiento por la Corte Constitucional, y, por lo tanto, interpreta la demanda formulada para considerar que la acción ejercida por la CAR es la consagrada en el artículo 85 del C.C.A. Adicionalmente, consideramos que el planteamiento expuesto por la Sala Plena resulta incoherente, en la medida en que, partiendo del supuesto de que es ésta la acción que se ejerce, reconoce a la CAR una legitimación de la que, en tales términos, carecería.

Sin lugar a dudas, la acción invocada por la demandante, esto es, la de simple nulidad, prevista en el artículo 84 del C.C.A., era la acción procedente. Por la misma razón, y sin perjuicio de las precisiones que, al respecto, se hacen en este salvamento, se impone concluir que no resultaba necesario, en el caso concreto, abordar el análisis de los planteamientos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-426 de 2002 y mucho menos desconocer la decisión en ella contenida.

En estos términos, dejamos consignado nuestro criterio, reiterando nuestro respeto a los planteamientos de la Sala Plena del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que, sin embargo, no podemos compartir.

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

1º de abril de 2003.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: RICARDO HOYOS DUQUE

Ref. Expediente No.: 11001-03-24-000-1999-05683-02

ACTOR: CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA "CAR"

Consejero Ponente Dr. MANUEL S. URUETA AYOLA

Providencia de fecha 4 de marzo de 2003.

Además de los argumentos expuestos por el magistrado Alier Eduardo Hernández Enríquez en su salvamento de voto, al cual adhiero, no comparto la decisión mayoritaria de la Sala por las siguientes razones:

I.- Se afirma en la sentencia de la cual me separo que la Corte Constitucional en la sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002, que declaró exequible en forma condicionada el art. 84 del C.C.A., terminó por declarar "inconstitucional la jurisprudencia del Consejo de Estado" e "invadió la competencia del Congreso" para concluir:

"De manera que el fallo de exequibilidad sobre determinada interpretación de una norma legal, para ser aceptable, tendría que dicha

competencia estar consagrada expresamente, en términos estrictos y precisos, por una reforma constitucional, en donde además se tendría que reformar también el artículo 230 constitucional. De no ser así, se estaría en presencia de un derecho de creación jurisprudencial, en asuntos sobre los que existen normas expresas, lo cual es incompatible con nuestro ordenamiento jurídico."

Al respecto cabe señalar que la modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad no es una invención arbitraria de la Corte Constitucional colombiana. En efecto, el propio Kelsen, quien consideró que el juez constitucional es un verdadero "legislador negativo" respecto del Congreso que expide las leyes ("legislador positivo"), propuso que se le otorgara a aquél la facultad de diferir los efectos de su decisión de inconstitucionalidad, o que se le permitiera determinar cual normatividad reemplaza a la ley anulada.

"... Anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo."<sup>9</sup>

Por lo demás, la modulación de los efectos de los fallos, entre los cuales se encuentran las sentencias interpretativas<sup>10</sup>, es una práctica arraigada en la jurisprudencia constitucional Colombiana desde el año de 1912, mucho antes de que se publicara el trabajo de Kelsen citado antes (1928), cuando el control de constitucionalidad estaba a cargo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia<sup>11</sup>.

También, la doctrina española al respecto expresa lo siguiente:

"Ante una ley inconstitucional, por lo tanto, el Tribunal Constitucional debiera, así parece, dictar sólo la nulidad de la ley, pero ya se sabe que tal secuencia inflexible tiene, inevitablemente, excepciones:

a). Cabe, en primer lugar, que lo que merezca reproche constitucional sea no la disposición de ley enjuiciada, sino una de sus interpretaciones o, en otras palabras, uno de los preceptos que potencialmente encierra. Se abren paso, así, las sentencias "interpretativas", en las que la interpretación se convierte no en premisa, sino en objeto, del fallo constitucional."<sup>12</sup> (se subraya)

No es cierto, pues, que al declarar la exequibilidad condicionada el art. 84 del C.C.A. la Corte Constitucional hubiera invadido la orbita de competencia del Consejo de Estado, toda vez que en la medida en que la interpretación de las normas legales involucre un problema de interpretación constitucional, en su condición de guardián de la integridad de la Constitución (art. 241) aquella está llamada a fijar la interpretación que armonice con sus principios, valores y normas.

II.- En la sentencia C-426 de 2002 la Corte Constitucional declaró exequible, en forma condicionada, el art. 84 del C.C.A., "siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de legalidad en abstracto del acto." (se subraya)

En principio, tal decisión parecería estar en consonancia con la interpretación que la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha dado a la acción de nulidad de acuerdo con la llamada teoría de los móviles y finalidades y según la cual no es la naturaleza del acto la que define la acción procedente sino el interés o finalidad del demandante. Sin embargo, en el considerando 7.15 la Corte Constitucional incurre en una ostensible contradicción cuando afirma:

"Bajo este entendido, consultando el espíritu de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o a terceros. Siguiendo este mismo razonamiento, si lo que persigue el demandante es un pronunciamiento anulatorio y la consecuente reparación de los daños antijurídicos causados, lo que cabe es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a ejercitarse dentro del término de caducidad a que hace expresa referencia el numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, para que el juez proceda no sólo a decretar la nulidad del acto sino también al reconocimiento de la situación jurídica individual que ha resultado afectada." (se subraya)

Olvidó la Corte que si la simple nulidad o el retiro del acto demandado restablece el derecho del actor, la única acción posible es la de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la persona legitimada -quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, art. 85 C.C.A- y dentro del término señalado en el mismo estatuto (art. 136 Numeral 2).

Cuando se formula una acción de simple nulidad y de su prosperidad se deriva el restablecimiento del derecho, tal demanda no puede ser instaurada por cualquier persona y sin consideración del plazo de caducidad porque ello equivaldría a desconocer la existencia de la acción establecida por la ley para este tipo de eventos (nulidad y restablecimiento del derecho).

III.- La sentencia de la cual me separo reitera el criterio expuesto por la sección primera del Consejo de Estado en auto de 2 de agosto de 1990 (expediente No. 1482), según el cual la acción de simple nulidad procede contra los actos particulares sólo en aquellos casos expresamente definidos por el legislador. Reitera, así mismo, el criterio adoptado por la Sala Plena en la sentencia de 29 de octubre de 1996 (expediente S-404) sobre la procedencia de esa acción contra ese tipo de actos, "cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio de un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de

colombianos.<sup>13</sup>

Estimo que se desaprovechó una excelente oportunidad para que la Sala Plena del Consejo de Estado, que asumió el conocimiento de este asunto por su importancia jurídica (art. 130 C.C.A.), reiterara la doctrina original de los móviles y finalidades, tal como fue expuesta por la sección tercera en sentencia del 18 de abril de 1996 (expediente No. 9899), con ponencia del consejero Carlos Betancur Jaramillo, en la que se dijo:

"Cabe recordar que hasta 1961 entre las acciones de nulidad y plena jurisdicción (arts. 66 y 67 de la Ley 167 de 1941, hoy nulidad y nulidad y restablecimiento) existía una diferencia tajante por la índole o contenido del acto administrativo impugnado, pues mientras los actos de contenido general sólo eran susceptibles de la acción de simple nulidad y los particulares sólo pasibles de la plena jurisdicción, luego de la sentencia antecitada, de la que fue ponente el señor Consejero Carlos Gustavo Arrieta L., que formuló la tesis de los móviles o finalidades, cambió un tanto el enfoque rígido que se deja anotado. Así, en esencia la doctrina quedó dentro de estos supuestos:

a) Los actos administrativos generales son susceptibles de la acción de simple nulidad, en los términos del art. 84 del C.C.A; b) los de carácter particular o concreto pueden ser impugnables, según la finalidad pretendida por el accionante, o bien por la vía de la simple nulidad o por la de nulidad y restablecimiento, con una doble advertencia: la primera, porque frente a estos últimos cuando la simple nulidad restablece el derecho de la persona afectada con el mismo la acción no podrá ser sino de nulidad y restablecimiento; y la segunda, porque existen actos de contenido particular entorno a los cuales la ley establece una vía de control especial, como sucede, por ejemplo, con los electorales.

La aludida tesis fue precisada en proveído de agosto 21 de 1972, con ponencia del señor Consejero Mora Osejo, en la cual se lee:

a) La acción de nulidad, de conformidad con los artículos 62 a 65 del C.C.A., procede contra los todos los actos administrativos (generales o particulares) con el objeto de tutelar el orden jurídico; pero si mediante la petición de nulidad se pretende la tutela de derechos particulares para restablecerlos o precaver su violación, se configura una pretensión litigiosa y deberá instaurarse contra la administración una acción de plena jurisdicción, la que presenta diversas modalidades o variantes fundadas en pretensiones específicas. Así, la de revisión de reconocimientos periódicos, de cartas de naturaleza, de extinción de dominio, de impuestos, etc., etc." (*Derecho Procesal Administrativo*. Carlos Betancur Jaramillo. Pág. 47, Cuarta Edición, 1994, Señal Editora).

Posteriormente se dijo por la doctrina que "si la ley ha regulado una vía especial para el restablecimiento del derecho o el mantenimiento del imperio de la legalidad, no tendrá el administrado la opción para elegir y deberá someterse a ella; si así no lo hiciere, la escogencia de la simple nulidad o de la típica plena jurisdicción (nulidad y restablecimiento en la terminología actual), dará al traste con sus aspiraciones y el juez deberá declarar la ineptitud sustantiva de la demanda" (*Derecho Procesal Administrativo*, Carlos Betancur Jaramillo. Cuarta Edición, 1994, págs. 47 y 22. Señal Editora).

La tesis así esbozada y precisada ha sido cuestionada por la Sección Primera de la Corporación, la cual ha venido sosteniendo que el acto particular únicamente será susceptible de la acción de simple nulidad cuando la ley así expresamente lo señale.

Esta orientación puede refutarse en los siguientes términos:

1) Los arts. 84 y 85 contemplan las acciones clásicas o tradicionales creadas para controlar la legalidad de los actos administrativos de carácter unilateral, generales o particulares.

2) Los citados arts. 84 y 85 sientan, el primero en forma explícita y el segundo implícitamente, dos reglas para la tutela del orden jurídico que no se pueden soslayar ni interpretar aisladamente para entender lo que aquí se trata de demostrar, así:

a) La primera que todos los actos administrativos son susceptibles de la acción de simple nulidad, ejercida con el exclusivo fin de la salvaguarda o mantenimiento de ese orden jurídico. Aquí la ley no distingue y no le es lícito al intérprete hacerlo. Por eso la aludida acción podrá intentarse por cualquier persona contra los actos de contenido general como contra los de contenido particular.

b) La segunda regla general la contempla implícitamente el art. 85 del C.C.A. al regular la acción de legalidad contra todos los actos administrativos de contenido particular lesivos de los derechos subjetivos de los administrados, con fines de restablecimiento de los derechos afectados por los mismos. Así, esta acción la tiene sólo la persona que se crea lesionada por el acto administrativo particular para que, como consecuencia de su nulidad, se le restablezca el derecho.

3) Como todas las reglas generales, las indicadas tienen sus excepciones. Existen leyes que expresamente señalan que ciertos actos no serán susceptibles de las acciones mencionadas. Vgr. El acto administrativo que decreta la expropiación de un predio con fines de reforma agraria (Ley 160 / 94). Existen otras que expresamente le dan asimismo acción de simple nulidad a actos de contenido particular como sucede con los actos que conceden una licencia, autorización o permiso que puedan afectar el medio ambiente

Pero existen también otras leyes que contemplan el control de actos de contenido particular por la vía de acciones especiales distintas a las enunciadas. Por ejemplo, el acto administrativo de elección o nombramiento no podrá controlarse sino a través de la acción pública electoral; el acto de extinción del dominio de un predio rural no podrá impugnarse sino a través de la acción revisora que contempla la Ley 160 de 1994 o estatuto agrario; el acto de adjudicación de un baldío tendrá además una acción pública especial, con caducidad de dos años, incoable por cualquier persona o por los procuradores agrarios, fuera de la acción de restablecimiento ordinario que podrá formular la persona afectada con la decisión.

4) La regla general que contempla el art. 84 (acción de simple nulidad) y que permite la nulidad de los actos administrativos sin distinciones, en el sólo interés del mantenimiento del orden jurídico, deberá armonizarse así con lo que dispone el art. 85, el cual enseña que cuando la nulidad del acto restablece el derecho de la persona afectada con el mismo, la acción no podrá ser la regulada en aquél, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en éste.

5) En otras palabras, la acción de simple nulidad procederá contra los actos administrativos de contenido general y con miras al mantenimiento de la legalidad abstracta; igualmente procederá, con idéntico propósito, contra los actos de contenido particular cuando su nulidad no restablezca el derecho de la persona afectada con el mismo; porque si esa nulidad tiene efectos restablecedores para la persona afectada con el acto, la acción, que no podrá instaurarse sino por persona legitimada (la que se crea lesionada en un derecho suyo amparado por una norma jurídica) y en la oportunidad señalada en la ley (art. 136 inc. 2º del C.C.A.), no podrá ser otra que la de nulidad y restablecimiento.

6. Lo precedente permite afirmar, en otras palabras, que nada impedirá, salvo que la ley expresamente lo prohíba, la procedencia de la acción de simple nulidad contra el acto de carácter particular, siempre que su nulidad no implique el restablecimiento de un derecho subjetivo para el administrado. Por ejemplo, así como podrá pedirse por cualquier persona y en cualquier tiempo la nulidad por razones de ilegalidad del acto que concede licencia de funcionamiento a una radiodifusora o una ruta de transporte terrestre (la nulidad no restablece en principio, el derecho de nadie en particular), no podrá pedirse por cualquier persona la nulidad del acto que deniega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de un funcionario destituido, porque frente a este acto la única acción procedente sería la de nulidad y restablecimiento.

7. Las sencillas ideas precedentes ponen de relieve un enfoque diferente al expuesto por la Sección Primera. Para ésta, la acción de simple nulidad (art. 84) contra los actos de contenido particular no procederá sino en aquellos eventos expresamente señalados en la ley. Y al afirmar tal cosa no sólo está dejando de lado el artículo aludido, contenido de la regla general que esa misma norma establece (que todos los actos, en principio, son susceptibles de la acción de simple nulidad), sino que está creando "contra legen" la regla contraria, o sea que los actos de contenido particular no son susceptibles de la acción mencionada sino cuando la ley expresamente lo permita.

8) Cree la Sala que el juez y en especial el administrativo, debe tener poderes interpretativos amplios. Pero esa interpretación, por amplia que sea, no podrá ir hasta el desconocimiento de la normatividad procesal y sustantiva que compendia la garantía constitucional del debido proceso para inventar normas que se ajustan más a lo que el juez aspira y sueña que a lo que realmente tiene que aplicar.

9) La tesis de la Corporación, con ponencia del Consejero Arrieta L., (sentencia de 10 de agosto de 1961) acata en toda su extensión la regla que contempla el art. 84. Baste leer dicha providencia para corroborar ese aserto. En interés de la legalidad todos los actos, sin distinciones, son susceptibles de la acción de simple nulidad. Pero cuando esa nulidad implica el restablecimiento del derecho del administrado la acción no podrá instaurarse sino por el interesado y dentro del término señalado en la ley.

10) Aplicando estas ideas al caso concreto se concluye en la viabilidad de la acción propuesta, porque la nulidad de los actos impugnados (resoluciones Nos. 1181 de 1940 y 113 de 1971 expedidas por el gobierno) no implica el restablecimiento del derecho de los destinatarios de los mismos, ya que sólo se producirá el restablecimiento del orden jurídico violado con ellos.

11) Cuando el legislador expresamente señala que determinado acto de contenido particular también será susceptible de acción de simple nulidad instaurable por cualquier persona, no está excepcionando la regla prevista en el art. 84, sino que la está reafirmando; y no la excepciona, porque dicha norma precisamente permite esa acción tanto para los actos de contenido particular como general. Puede incluso pensarse que la previsión de la norma nueva que así lo indica, en cierto sentido sobra.

Y tampoco el señalamiento expreso de la acción de nulidad para los actos particulares implica excepción a la regla del art. 85, porque dentro del género actos de contenido particular o concreto, existen unos que miran con exclusividad al interés propio de la persona afectada (la negativa de un permiso de conducción, de funcionamiento de un bar, de una licencia de construcción, etc., etc.) y frente a los cuales es fácil entender la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento instaurable por la misma; y se dan otros que fuera de incidir en el interés particular del administrado, afectan o pueden afectar asimismo derechos o intereses colectivos vinculados al patrimonio, a los bienes públicos en general, al ambiente, a la salubridad, al espacio etc., etc., en los cuales la concurrencia de las dos acciones reguladas en los arts. 84 y 85 es no sólo evidente sino posible. Así, el particular afectado directamente con el acto tendrá la acción de nulidad y restablecimiento y los terceros, la de simple nulidad no sólo en salvaguarda del orden jurídico sino en defensa de los derechos e intereses de la colectividad. Piénsese en actos que conceden a determinadas personas licencias para ocupar el espacio público; para captar aguas de uso público para el servicio de un predio o industria; para explotar rutas aéreas, fluviales, terrestres o marítimas; para hacer transmisiones de radio a través de una estación emisora; para explotar bosques naturales, canteras o yacimientos mineros o petrolíferos etc., etc.

12) La tesis de la Sección Primera (la impugnación de los actos de contenido particular sólo por autorización expresa de la ley) está en desacuerdo, en cierto sentido, con la nueva Constitución, la cual muestra una seria preocupación por su defensa y reclama la presencia de acciones populares orientadas en tal sentido.

Los ejemplos enunciados atrás, que podrían multiplicarse por n, muestran que el interés particular en tales eventos no puede prevalecer, por ser no sólo de mayor entidad el de la colectividad vinculada al uso de los bienes públicos, al espacio aéreo, fluvial o terrestre, al ambiente, a la salubridad, al espectro electromagnético, etc., etc., sino porque la salvaguarda de la integridad del ordenamiento jurídico, postulado obvio de nuestro Estado de Derecho, es un interés prevalente que no puede someterse, en principio, a restricción alguna con desmedro del interés general.

La tesis de la aludida Sección, en otros términos, desconoce ese postulado y hace prevalecer el principio de la estabilidad jurídica en interés del

particular, cuando la ley no disponga expresamente que contra el acto particular que afecta o amenace afectar intereses generales pueda instaurarse acción de simple nulidad.

13) Se estima que la jurisprudencia de 10 de agosto de 1961 sobre los móviles y finalidades sigue en pie, en toda su extensión; quizás le faltó a la Corporación apoyarla también en el art. 67 de la Ley 167 vigente a la sazón (hoy art. 85). Porque, de haberlo hecho, habría llegado a la conclusión de que cuando la nulidad del acto de contenido particular implica el restablecimiento del derecho para el afectado con el mismo, la única acción posible era la de plena jurisdicción; y no habría tenido que hablar, forzando las cosas, de una acción de simple nulidad caducable, no prevista ni en el ordenamiento vigente en ese entonces ni en el de hoy.

Incluso parece que la Sala en ese entonces olvidó que en el derecho colombiano desde la ley 167 la salvaguarda del orden jurídico no se logra únicamente a través de la acción de simple nulidad, sino que ese mismo efecto se puede buscar por la vía de la plena jurisdicción.

El hecho de que en ésta, en principio, la legitimación activa por voluntad de la ley no la tenga sino la persona afectada con la medida, y con un móvil interesado, no cambia el enfoque ni hace desaparecer el interés de legalidad que también lleva implícito, porque la accionante sólo podrá conseguir el efecto restablecedor cuando logre poner en evidencia, dentro del proceso, la violación del ordenamiento causado por el acto perturbador. En otras palabras, la interesada sólo logrará el restablecimiento en la medida en que el acto ilegal, a sus instancias, sea declarado nulo; o sea, en tanto y en cuanto, se restablezca el orden jurídico perturbado con la decisión administrativa.

Se corrobora la idea precedente con el efecto que la nulidad produce en una y otra acción, ya que esa nulidad tendrá, en todos los casos, efectos "erga omnes", puesto que el acto declarado nulo desaparecerá del ordenamiento jurídico para la salvaguarda del mismo."

RICARDO HOYOS DUQUE

Fecha *ut supra*

#### ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: OLGA INES NAVARRETE BARRERO

Ref. Rad. 110010324000199905683-02

Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR.

Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala Plena dentro del expediente de la referencia, me permito expresar las razones por la cuales aclaré mi voto.

Cuando la Corte Constitucional produjo la Sentencia C- 426 de mayo 29 de 2002, mediante la cual analizó la constitucionalidad del artículo 84 del C.C.A., desbordó el marco de juzgamiento, pues aunque la pretensión solo se dirigió al estudio del artículo mencionado, la Corte se llevó de tajo los artículos 85, 66 y 136 del C.C.A. ya que al concluir que la naturaleza de la acción está determinada únicamente por la pretensión formulada en la demanda, olvidó que cuando existe interés legítimo dado por la lesión que se deduce de la expedición de un acto administrativo en cabeza de una persona o grupo determinado, es obligación del juzgador estudiar el aspecto de la legitimación para verificar si la eventual declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado conlleva un restablecimiento del derecho. Ello por cuanto, contrario a lo afirmado por la Corte Constitucional, todo derecho u obligación que se deriva de un acto administrativo, depende de la existencia de éste. Por lo tanto, en el evento en que se declare la nulidad de un acto administrativo, tal derecho u obligación ya no tienen fundamento alguno. Cuando una persona determinada está legitimada, necesariamente la acción que corresponde es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que debe incoarse dentro del término de caducidad señalado en el artículo 136 del C.C.A., y no la que caprichosamente escoja el interesado cuando la acción ha caducado.

Por ello, resulta un contrasentido sostener, como lo hizo la Corte Constitucional, que aunque se decrete la nulidad del acto administrativo creador de una situación jurídica, particular y concreta, la misma puede sobrevivir, puesto que olvidó la Corte que en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 66 del C.C.A., el acto administrativo pierde fuerza ejecutoria, es decir, se opera la figura del decaimiento, entre otros eventos, cuando desaparecen sus fundamentos de derecho.

De manera que se llegaría al absurdo de poder demandar en cualquier tiempo, en acción de simple nulidad, por ejemplo un acto administrativo que imponga una sanción o la obligación de un administrado de someterse a las regulaciones urbanísticas, pues si prospera la pretensión de nulidad no es posible que tal obligación sobreviva, ya que el administrado podrá oponer a la administración la pérdida de fuerza ejecutoria del acto que la administración pretende ejecutar.

Si bien existen actos administrativos de carácter particular y concreto que no legitiman a nadie en particular para demandarlos bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, como consecuencia de ello son susceptibles de ser demandados en acción de simple nulidad, no es esto lo que generalmente ocurre, ya que el acto administrativo particular y concreto puede crear un derecho, pero así mismo negarlo, como cuando no accede a la solicitud de licencia de construcción. En este último evento no podría pretenderse que el directamente interesado pueda demandar tal acto en cualquier momento con las consecuencias ya advertidas, pues en el evento de decretarse la nulidad del acto administrativo, ¿qué conducta le corresponderá adoptar a la administración?. Tampoco resulta de recibo que cualquier persona, alegando que solo pretende restablecer el orden jurídico, demandara en acción de simple nulidad un acto administrativo que solo perjudica a otro, ya que logrará el restablecimiento a favor de aquel.

Marzo 31 de 2003

OLGA INES NAVARRETE BARRERO

SALVAMENTO DE VOTO

ALBERTO ARANGO MANTILLA

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Expediente Nro. Interno 30

Radicación Nro. 11001032400019990568302

Actor: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR -

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria nos permitimos presentar las razones que nos motivaron a salvar el voto en el asunto de la referencia. Hacemos aclaración, que compartimos la decisión denegatoria de las pretensiones de la demanda y que la inconformidad con el fallo adoptado, estriba en algunas consideraciones en torno a la procedencia de la acción de nulidad contra los actos de contenido particular, que son de tanta incidencia que preferimos optar por disentir totalmente de la decisión.

Igualmente, consideramos innecesario hacer alusión a los antecedentes históricos de esta providencia, expuestos pormenorizadamente en la sustentación y que resumen en un todo, el pensamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre la procedencia de la acción de nulidad contra los actos particulares.

La Sala Plena del Consejo de Estado, para desatar la controversia, reitera la tesis consignada en la sentencia del 29 de octubre de 1996 con ponencia del DR. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ que había sido expuesta en la sentencia del 2 de agosto de 1990 de la Sección Primera con ponencia del DR. PABLO J. CACERES CORRALES a través de la cual se concluye que la acción de nulidad contra los actos de contenido particular procede únicamente en los casos expresamente previstos por el legislador.

La postura aceptada en tales providencias para defender la restricción de la acción de nulidad a las hipótesis contempladas por la ley, hace prevalecer la firmeza de los actos administrativos y los atributos de ejecutoriedad y ejecutividad sobre el principio de legalidad, y por ende, llegan al extremo de perpetuar situaciones manifiestamente ilegales, que no se compadecen con los dictados del Estado de Derecho.

A nuestro juicio, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del instrumento procesal contemplado en el artículo 84 del C.C.A., está llamada a enjuiciar la legalidad de las actuaciones administrativas expresadas a través de decisiones unilaterales, y siendo ésta su finalidad, no puede constituirse en un privilegio acceder al control jurisdiccional, pues sin lugar a dudas, la restricción que se consigna en tales decisiones y que la Sala en esta oportunidad reitera, convierte al juez del control de legalidad de la generalidad de los actos en un juez excepcional, pues la misión que le fue confiada por el ordenamiento jurídico es otra bien diferente como ya quedó expresado.

De la lectura del artículo 84 del C.C.A., no se desprende la conclusión de la cual nos apartamos; la norma en mención no defiere al legislador la potestad de determinar los actos administrativos particulares susceptibles de la acción de nulidad.

Para corroborar lo expuesto, aludimos a las afirmaciones expuestas en la sentencia del 18 de abril de 1996 con ponencia del DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO proferida en oposición a la tesis promovida por la Sección Primera con ponencia del DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ las cuales por su claridad, son pertinentes para sustentar nuestra decisión de no acogernos al criterio propuesto en la sentencia mayoritaria.

Sobre el particular, en el fallo aludido, se dice:

".....Las sencillas ideas precedentes ponen de relieve un enfoque diferente al expuesto por la Sección Primera. Para ésta, la acción de simple nulidad (art. 84) contra los actos de contenido particular no procederá sino en aquellos eventos expresamente señalados en la ley. Y al afirmar tal cosa no sólo está dejando de lado el artículo aludido, contentivo de la regla general que esa misma norma establece (que todos los actos, en principio, son susceptibles de la acción de simple nulidad), sino que está creando "contra legem" la regla contraria, o sea que los actos de contenido particular no son susceptibles de la acción mencionada sino cuando la ley expresamente lo permita.

.....

Cuando el legislador expresamente señala que determinado acto de contenido particular también será susceptible de acción de simple nulidad instaurable por cualquier persona, no está excepcionado la regla prevista en el art. 84, sino que la está reafirmando; y no la excepciona, porque dicha norma precisamente permite esa acción tanto para los actos de contenido particular como general. Puede incluso pensarse que la previsión de la norma nueva que así lo indica, en cierto sentido sobra."

De manera que acudir a la sabiduría del legislador para que éste determine los actos particulares objeto de la acción de nulidad, no se infiere de la norma que origina el mentado instrumento de control y en consecuencia, no existe fundamento alguno para imponer limitaciones que a la postre resultan injustificadas e irrazonables con el control de legalidad y el acceso a la administración de justicia. (artículo 228 de la C.P.).

El acto irrito no puede tener consecuencias jurídicas, lo contrario sería promover que situaciones ilegales tengan vigencia en el mundo del

derecho, subordinando la legalidad del acto administrativo a su ejecutoriedad y firmeza, aserto que resulta absurdo, porque lo ilegal no puede tener amparo y protección jurídica.

A la defensa de la ilegalidad no puede contribuir la jurisdicción de lo contencioso administrativo so pena de apartarse caprichosamente de su finalidad, desconociendo que la acción de nulidad, por disposición constitucional, es de naturaleza pública y que cualquier persona tiene y le asiste el derecho de acudir al juez contencioso para someter a enjuiciamiento la presunción de legalidad de los actos unilaterales. (artículo 40 numeral 6º de la C.P.)

Lo anterior no significa que se deba admitir el ejercicio indiscriminado de los medios de control contemplados en los artículos 84 y 85 del C.C.A., los cuales corresponde emplear acorde con la finalidad que para cada caso han sido instituidos por el legislador.

Con este preámbulo, en nuestro concepto, la Sala Plena del Consejo de Estado, debió aprovechar la ocasión para reiterar la tesis de los móviles y finalidades, sabiamente expuesta el 10 de agosto de 1961 por el DR. CARLOS GUSTAVO ARRIETA despojándola de los ingredientes extraños que con el transcurso del tiempo la habían desnaturalizado.

En síntesis, el contencioso de anulación atiende estrictamente la legalidad de los actos administrativos en cualquier tiempo y no es dable obtener a través de su ejercicio el restablecimiento del derecho que incluso puede darse automáticamente con la simple nulidad del acto. Para lograr este último propósito, el legislador ha instituido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual por reglas de configuración legal, tiene un término de caducidad de cuatro (4) meses y de dos (2) años, según el titular de la acción, que en algunas ocasiones puede ser revivido cuando quiera que no haya prescrito el derecho.

El tema precedente y las demás características de las acciones enunciadas, tales como el carácter erga omnes de la de nulidad e interpartes de la de nulidad y restablecimiento del derecho ha sido trajinado por la jurisdicción y por ello no queremos detenernos en ese punto, pero resulta pertinente para inferir que la tesis de Sala Plena fundamenta la acción de nulidad en supuestos que no se contemplan en el artículo 84 del C.C.A. y por ello, estimamos que cualquier acto administrativo, siempre que de su nulidad no se desprenda el restablecimiento automático, es susceptible de la acción de nulidad.

Si bien es cierto los casos donde taxativas normas especiales han señalado la posibilidad de impugnar actos de contenido particular mediante la acción de nulidad se adecuan a la tesis ARRIETA, éstos son mínimos frente a la infinidad de decisiones administrativas ilegales que amparadas en el atributo de firmeza fustigan campantemente el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, consideramos que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, está facultada para conocer a través de la acción de nulidad el juzgamiento de actos individuales que hayan reconocido derechos ilegítimos en detrimento patrimonial notorio del Estado o que hayan negado en forma manifiestamente ilegal derechos a un particular.

En tales circunstancias, no obstante que el término de caducidad previsto en el artículo 136 del C.C.A. para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (cuatro (4) meses para los particulares y dos (2) años para la entidad que produjo el acto- acción de lesividad -modalidad de restablecimiento del derecho) hubiere acontecido al momento de presentarse la demanda, el juez contencioso en razón a la trascendencia e importancia y al perjuicio patrimonial que puede llegar a sufrir el Estado por la ilegitimidad de una decisión e igualmente, en atención al detrimento injustificado que sufra un particular, está facultado para conocer la demanda en la acción de simple nulidad y para restablecer en su derecho a la entidad pública afectada o al particular.

El principio de legalidad y de contera, el restablecimiento del derecho, expresión material del derecho a acceder a la administración de justicia, no puede quedar sujeto a las exigencias para el ejercicio procesal de las acciones contempladas en los artículos 84 y 85 del C.C.A. y por ello, estimamos que no armoniza con el orden social justo que proclama nuestra Constitución en el preámbulo, hacer recaer los efectos funestos de la caducidad de la acción, para privar al particular de un derecho que le pertenece y del cual ha sido despojado por una decisión manifiestamente ilegal ni para arrebatarle a los miembros de la colectividad representada en el Estado el goce de los derechos que pertenecen a todos.

En concordancia con lo expuesto, no proponemos que se haga tabla rasa del ejercicio procesal de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho sino por encima de toda consideración, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas que pretendan desconocer las realidades. Al fin y al cabo el derecho es lo justo y el transcurso del tiempo no aniquila la existencia de lo real que es la esencia del derecho.

Se preguntarán quienes tengan oportunidad de leer este salvamento ¿qué son las decisiones manifiestamente ilegales? son todos los actos administrativos que desconozcan abiertamente el derecho que justamente le corresponde al Estado o a un particular y las encontrarán en aquellos asuntos, en los que el juzgador, al analizar razonablemente la controversia, percibe la amarga sensación que se cometió una injusticia pero que no puede proclamarse por el transcurso del término de caducidad.

Igualmente, advertimos que la Corte Constitucional al declarar exequible en forma condicionada el artículo 84 del C.C.A., establece una tesis restrictiva del derecho de acceder a la administración de justicia, pues a nuestro juicio, la posibilidad de conocer la legalidad de los actos administrativos manifiestamente ilegales y de obtener el restablecimiento del derecho aún cuando haya fenecido el término de caducidad, en guarda de la protección de los derechos del Estado y del particular afectado por una decisión que le produce menoscabo a sus derechos hace verdadera justicia.

Con todo respeto la tesis de la Corte Constitucional a través de la cual se limita el restablecimiento del derecho cuando la acción no se haya

promovido en el lapso legal, establece una solución a medias. Al demandante no le interesa la simple declaratoria de nulidad del acto, le interesa que se le restablezca el derecho, (expresión material del acceso a la administración de justicia) y a ello puede contribuir el juez administrativo, cuando observe que se profirieron actos manifiestamente ilegales, aspecto que razonablemente lo llevará a concluir, que es cuestión de simple equidad reconocerle el derecho a quien ha sido privado de su goce legítimo.

De otra parte, consideramos que a la Corte Constitucional le asiste la facultad de proferir fallos de exequibilidad condicionada, pero a nuestro juicio, la demanda de inconstitucionalidad no debió ser admitida, en tanto se sustentó sobre el criterio jurisprudencial y la interpretación que venía efectuando el Consejo de Estado al artículo 84 del C.C.A. y ello, como "causal de inexequibilidad" no tiene fundamento en nuestro ordenamiento jurídico.

En el punto concerniente a la facultad de la Corte Constitucional de proferir sentencias de exequibilidad condicionada nos allanamos al salvamento de voto presentado por el DR. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ al exponer con acierto el ámbito de competencia de la Corte Constitucional en la labor de integración normativa del texto acusado con la generalidad de la Carta Política.

Consideramos pertinente precisar, que el artículo 9º del Decreto Legislativo 2898 del 3 de noviembre de 1953 que contempla la facultad de la Procuraduría General de la Nación de exigir en cualquier tiempo la comprobación de las condiciones para el ejercicio de un cargo y la ".....declaración de nulidad de todo nombramiento que hubiere sido hecho contra la ley" no se encuentra derogado como se afirma en el sub-lite.

En efecto, la norma anterior fue adoptada como legislación permanente a través de la Ley 141 de 1961 y las normas posteriores en materia electoral no han suprimido en forma expresa tal facultad. En efecto, el artículo 277 de la C.P. de 1991, preceptúa que el Procurador General de la Nación podrá "por sí o por medio de sus delegados y agentes.." intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales (numeral 7º), norma que armoniza con el artículo 127 del C.C.A. modificado por el artículo 35 de la Ley 446 de 1998, que autoriza al Ministerio Público, para solicitar que "...se declare la nulidad de actos administrativos", (numeral 2º).

Además, la Ley 25 de 1974 "Por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y Régimen Disciplinario y se dictan otras disposiciones" derogó expresamente el Decreto 2898 de 1953 en sus artículos 2º, 5º, 6º y 10 y dejó a salvo el artículo 9º, lo que reafirma la voluntad del legislador de tornar en incaducable el término para instaurar la acción de simple nulidad respecto de tales actos.

Dejamos en los anteriores términos consignadas las razones de nuestro disentimiento, toda vez que en este asunto, el acto acusado debió ser conocido en la acción de simple nulidad, en tanto su nulidad no restablece automáticamente derechos que en rigor sean materia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Respetuosamente,

ALBERTO ARANGO MANTILLA

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Notas de pie de página:

1. El citado artículo dice: "ARTICULO 26.- NUMERO DE ASOCIADOS. A partir de la vigencia de esta resolución, no podrá constituirse Asociación de Usuarios de Distritos de Adecuación de Tierras, que no represente como mínimo el 60% de los potenciales usuarios, ni subsistir con un número inferior."
2. Cfr. La sentencia C - 513 de 1994 M. P. Antonio Barrera Carbonell
3. Ver, entre otras, sentencias C-496 de 1994, C-109 de 1995 y C-1436 de 2000.
4. No podemos dejar de advertir, adicionalmente, que es inexacta la afirmación de la Sala Plena en el sentido de que sólo en la Constitución Política de 1991 se consagra la acción de inconstitucionalidad, como mecanismo autónomo, diferente de la acción de simple nulidad. Aquélla, en efecto, fue establecida en el artículo 41 del acto legislativo 1 de 1945 y, luego, en términos similares, en el artículo 72 del acto legislativo 1 de 1968, que fue codificado en el artículo 216 de la Constitución Política.
5. Cfr. Sentencia C-115 de 1998.
6. Cfr. Sentencia C-832 de 2001.
7. Cfr. Sentencia C-351 de 1994.
8. Cfr. Sentencia C-709 de 2001.
9. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional) en *Escrito sobre la democracia y el socialismo*. Madrid, edit. Debate, 1988. p. 130.
10. En el derecho alemán se habla del sistema de variantes de sentencias. Cfr. Hans Peter Schneider. *Democracia y Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 218 y ss
11. Una enunciación de los casos en los que se ha modulado el efecto de las sentencias de constitucionalidad se encuentra en la sentencia C-109 de 1995 de la Corte Constitucional. Así mismo, su aplicación en la jurisprudencia constitucional europea puede verse en el trabajo de

Alejandro Martínez Caballero *Tipos de Sentencias en el Control Constitucional de las leyes: La experiencia Colombiana* en revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 316, junio de 2000. Pag. 86 y ss.

12. <sup>[3]</sup> Javier Jiménez Campo. *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad* en Cuadernos y debates, los procesos constitucionales, segundo simposio de derecho constitucional. Sevilla 27 y 28 de septiembre de 1991. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. No. 41, pag. 34. Allí se destaca como el Tribunal Constitucional español dictó 45 sentencias interpretativas entre 1981 y 1991, tanto en fallos proferidos en recurso de inconstitucionalidad como en cuestión de inconstitucionalidad.

13. Este criterio se había acogido por la sección primera en sentencia del 26 de octubre de 1995 (expediente No. 3332).

---

*Fecha y hora de creación: 2026-06-22 08:23:57*