

# REVISTA ELECTRONICA DE DERECHO PUBLICO MINIMO

## ENSAYOS JURÍDICOS EN DERECHO PUBLICO

Por  
Libardo Orlando Riascos Gómez  
Doctor en Derecho  
[Lriascos@udenar.edu.co](mailto:Lriascos@udenar.edu.co)  
2010

---

### MECANISMOS DE PROTECCION Y DEFENSA DEL DOCENTE UNIVERSITARIO EN LOS PROCESOS SANCIONADORES DISCIPLINARIOS

**RESUMEN:** En el presente capítulo del libro *EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DISCIPLINARIO DE LOS DOCENTES UNIVERSITARIOS EN COLOMBIA*, presentamos un panorama socio-jurídico relativo a los instrumentos de defensa, control y protección de los derechos y deberes de los docentes universitarios, cuando se hallan frente a un proceso administrativo disciplinario desde sus etapas preliminares, hasta su posterior desarrollo, terminación anticipada e incluso una vez se ha dictado la providencia de carácter administrativo denominada “Fallo disciplinario” de primera o segunda instancia, bien sea por las autoridades administrativas de control interno disciplinario o de “autocontrol”, o bien por las autoridades disciplinarias de control externo disciplinario o de “supercontrol”. En este capítulo se relacionan todos los instrumentos o mecanismos jurídico-procesales de índole administrativo, como jurisdiccional ordinario y jurisdiccional constitucional.

**Palabras Claves:** Proceso Disciplinario, Docente universitario, mecanismo jurídico-procesal, acciones contencioso-administrativas, acciones constitucionales y recursos administrativos.

#### 1. NOTAS PRELIMINARES

#### 2. INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS

- 2.1. Recursos administrativos ordinarios contra actos administrativos disciplinarios de trámite, preparatorios, de cumplimiento y definitivos
  - 2.1.1. Recurso de reposición
  - 2.1.2. Recurso de apelación
  - 2.1.3. Recurso de queja
  - 2.1.4. Ejecutoria de las decisiones o actos disciplinarios y el agotamiento de la mal llamada “vía gubernativa”
  - 2.1.5. El recurso extraordinario de Revocatoria Directa
- 2.2. La Petición y declaratoria de nulidad total o parcial de lo actuado en el proceso disciplinario
  - 2.2.1. Conceptualización de la nulidad en el proceso administrativo disciplinario
  - 2.2.2. Causales de nulidad
    - 2.2.2.1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo
    - 2.2.2.2. La violación del derecho de defensa del investigado
    - 2.2.2.3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso

- 2.2.3. Petición y declaratoria de la nulidad
- 2.2.4. Efectos jurídicos de la declaratoria y término para resolverla
- 2.2.5. Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación
- 2.3. [L´Ombudsman universitario o Defensor de los derechos de la Comunidad Universitaria](#)
- 2.3.1. Ideas preliminares
- 2.3.2. L´Ombudsman o Defensor Universitario
- 2.3.2.1. En el ámbito universitario ibérico
- 2.3.2.2. En el ámbito universitario mexicano
- 2.3.2.3. En el ámbito universitario colombiano
- 2.3.2.3.1. Elección de L´Ombudsman o Defensor universitario
- 2.3.2.3.2. Requisitos y Naturaleza jurídica de la Defensoría Universitaria
- 2.3.2.3.3. Funciones del Defensor universitario
- 3. [INSTRUMENTOS JURISDICCIONALES](#)**
- 3.1. Acciones a instancia del sujeto disciplinado contra actos administrativos disciplinarios de trámite, preparatorios, de cumplimiento y definitivos
- 3.1.1. La acción de tutela
- 3.1.1.1. Conceptualización
- 3.1.1.2. Procedencia de la acción de tutela
- 3.1.1.3. Improcedencia de la tutela
- 3.1.1.4. Agotamiento opcional de la “vía gubernativa” o administrativa
- 3.1.1.5. Contenido de la solicitud de tutela. La corrección y el rechazo excepcional de la tutela
- 3.1.1.6. Procedimiento preferente y sumario de la tutela
- 3.1.1.7. Decisiones disciplinarias objeto de tutela
- 3.1.2. La acción de cumplimiento
- 3.1.2.1. Conceptualización
- 3.1.2.2. Procedibilidad
- 3.1.2.3. Improcedencia
- 3.1.2.4. Contenido de la solicitud
- 3.1.2.5. Procedimiento preferencial y breve
- 3.1.2.6. Actos administrativos subjetivos en materia disciplinaria
- 3.1.3. La acción contencioso-administrativa de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. La suspensión de la eficacia del acto administrativo, como cautela administrativa
- 3.1.3.1. Conceptualización de la nulidad de actos administrativos
- 3.1.3.2. Causales de nulidad de los actos objetivos y subjetivos
- 3.1.3.3. Acciones contencioso administrativas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho
- 3.1.3.3.1. Acción contenciosa administrativa de nulidad
- 3.1.3.3.2. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
- 3.1.3.3.3. La medida cautelar suspensoria disciplinaria en vía administrativa y en el proceso contencioso administrativo
- 3.1.3.3.3.1. La suspensión de los actos disciplinarios como medida cautelar de carácter jurisdiccional
- 3.1.3.3.3.1.1. Conceptualización
- 3.1.3.3.3.1.2. Solicitud y trámite subsiguiente de la cautela suspensoria
- 3.1.3.3.3.1.3. Efectos jurídicos de la medida cautelar
- 3.1.3.3.3.1.4. Actos administrativos no susceptibles de medida cautelar
- 3.2. [La acción contencioso-administrativa de reparación directa contra hechos, vías de hecho y operaciones administrativas presente en el ámbito](#)

disciplinario. En particular, la responsabilidad del Estado por daño antijurídico

- 3.2.1. Ideas preliminares
- 3.2.2. Elementos de la responsabilidad del Estado
- 3.2.3. Manifestaciones de la actuación administrativa y la de sus agentes
  - 3.2.3.1. Hechos administrativos
  - 3.2.3.2. La operación Administrativa
  - 3.2.3.3. Las vías de hecho
- 3.2.4. Demanda y trámite judicial de la acción de reparación directa
- 3.2.5. La acción de reparación directa en el ámbito disciplinario
  - 3.2.5.1. Acción de reparación por vías de hecho
  - 3.2.5.2. Acción de reparación por acto ilegalmente revocado o nulidad en vía administrativa o en vía jurisdiccional
  - 3.2.5.3. Acción de reparación por omisiones administrativas

## 1. NOTAS PRELIMINARES

En el presente capítulo pretendemos compendiar los instrumentos administrativos y jurisdiccionales de protección y defensa de los derechos del docente universitario previstos en el Ordenamiento jurídico vigente y que se encuentran involucrados en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, a través de los titulares de acción disciplinaria en ejercicio del control exógeno, prevalente o externo disciplinario: La Procuraduría General de la Nación, Procuraduría delegadas, regionales, provinciales y Personeros municipales o distritales o, de control endógeno o interno disciplinario: Unidades u oficinas de control interno y autoridades disciplinaria en las ramas, órganos y entidades autónomas o no: Nominador, Rector, “superior jerárquico”, “ superior inmediato jerárquico”, “superior funcional”, autoridades individuales o colegiadas universitarias con funciones disciplinarias.

Se consideran mecanismos de protección y defensa de los derechos estatutarios, legales y constitucionales en sede administrativa, los recursos ordinarios de reposición, apelación y queja y el extraordinario de revocatoria directa de actos subjetivos disciplinarios. Igualmente, es un instrumento de defensa de los mencionados derechos, la petición y correspondiente declaratoria de nulidad parcial o total de lo actuado en el proceso disciplinario, tanto las de origen constitucional como las de ámbito legal.

Sobre estos instrumentos de defensa administrativos ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos con cierta amplitud en el Capítulo anterior, a excepción de la petición y declaratoria de nulidad de lo actuado en el proceso disciplinario. Por ello, aquí nos referiremos sucintamente a los primeros y más ampliamente a la nulidad.

La Institución de *L’Ombudman* universitario que ya funciona en la universidad europea y mexicana, es una propuesta de defensor y garante de los derechos de los docentes universitarios no solo en procesos disciplinarios sino en el ámbito integral de la actividad universitaria, es decir, en la académica (de estudio, investigación, cátedra y extensión a la comunidad) como en la docente-administrativa (desempeñando cargos o destinos al interior o exterior de la universidad). Propuesta en el ámbito colombiano que hacemos basado en anteriores investigaciones realizadas desde 1988, cuando propusimos con carácter preconstitucional a 1991, la institucionalización en Colombia de *L’Ombudman* Municipal en defensa de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos o residentes en respectivo municipio (99); o en España, la propuesta en 1999 de reestructuración de la institución de *L’Ombudman* Informático en defensa de los derechos de los titulares de datos personales informatizados en bases de datos o ficheros de carácter público o privado (100).

Respecto de los mecanismos o instrumentos de protección y defensa de los derechos de los docentes universitarios haremos referencia a los previstos en la Carta Colombiana, especialmente a las acciones de tutela y de cumplimiento, y las instituidas en el Código Contencioso

administrativo, en particular la acción de nulidad, la de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se impetra contra actos administrativos subjetivos disciplinarios y la acción de reparación directa, cuando se ejercita contra hechos, omisiones, vías de hecho y operaciones administrativas que surjan en la potestad sancionadora disciplinaria del Estado.

Finalmente, nos referiremos a la demanda judicial en acción de lesividad que la propia Administración pública disciplinaria (en sentido lato) hace de sus propios actos para retirarlos de la vida jurídica por ser contrarios al ordenamiento jurídico vigente, ante la ausencia de autorización expresa y escrita del titular del acto disciplinario objeto de revocatoria directa.

## **2. INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS**

### **2.1. Recursos administrativos ordinarios contra actos administrativos disciplinarios de trámite, preparatorios, de cumplimiento y definitivos**

El proceso sancionador disciplinario como una serie concatenada de actos preparatorios, de trámite, de ejecución y de cumplimiento, terminan normal o anormalmente con un acto igualmente administrativo, pero éste definitivo o final y de connotaciones subjetivas o personales.

La Ley 734 de 2002, reguló en forma taxativa o *numerus clausus* la procedencia de los recursos de reposición, apelación y queja contra determinados actos administrativos que se producen en el proceso disciplinario, buscando hacerlo más ágil y evitando injustificadas dilaciones procedimentales; pero a la vez, brindándoles a los sujetos procesales y disciplinables la oportunidad de impugnar decisiones o actos administrativos más sensibles que pudiesen afectar derechos constitucionales (v.gr., el debido proceso administrativo, el de defensa técnica, el *ius postulandi*, adjunción y contradicción de la prueba, prohibición del *bis in idem*, el de inocencia, etc.) y legales (v.gr., *in dubio pro* disciplinado, legalidad de faltas y sanciones, culpabilidad, favorabilidad, doble instancia); y además, en el ámbito universitario, los derechos de carácter estatutario, tales como la dignidad de la actividad académica y de la carrera docente.

#### **2.1.1. Recurso de reposición**

El disciplinado y/o su apoderado en el proceso disciplinario, podrá solicitar sustentadamente mediante memorial escrito o verbalmente en la audiencia o diligencia respectiva y ante la misma autoridad disciplinaria que expidió una decisión o acto administrativo, que lo revoque, reforme, aclare o modifique, por ser contrario al ordenamiento jurídico vigente, no estar fundado en los hechos, el derecho o el acervo probatorio o por vulnerar los derechos constitucionales, legales o estatutarios.

El recurso de reposición se podrá interponer desde la fecha de expedición de la respectiva decisión hasta el vencimiento de los tres días siguientes a la última notificación, según el artículo 111 de la Ley 734 y en la forma prevista en el artículo 52 del C.C.A., por integración y remisión normativa del artículo 21 de la ley citada. En cuanto a la oportunidad, la sustentación del recurso, el trámite, desistibilidad y efectos jurídicos y procesales están regulados en los artículos 111 a 114 y 119 a 120 *ibídem*.

En materia disciplinaria, sólo procederá contra las decisiones o actos administrativos trámite pero motivados que se pronuncian sobre la nulidad (artículos 144 y 145 *ibidem*) y la negación de solicitud de copias (artículos 10, 90-4, 92-7 *ibídem*) o pruebas al investigado o a su apoderado, y contra el acto administrativo definitivo o “fallo disciplinario” de única instancia (artículo 113 *ibíd.*).

#### **2.1.2. Recurso de apelación**

El docente disciplinado y/o su apoderado, podrá igualmente interponer recurso de apelación y con idénticos fines de la reposición, ante la autoridad que produjo el acto o decisión para que le imprima el trámite subsiguiente ante el “superior jerárquico” (se entiende el superior inmediato superior o superior funcional) de aquél o el nominador (en el caso de entidades estatales y

autónomas como la Universidad), o ante las autoridades de control disciplinario exógeno, si fuere del caso y ante la ausencia de unidades control interno disciplinario.

El recurso de apelación en materia disciplinaria procede “únicamente” contra la decisión o acto de trámite motivado que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos y los actos disciplinarios definitivos que deciden sobre el archivo y la decisión final del proceso o “fallo de primera instancia”, por disposición del artículo 115 de la Ley 734.

Este recurso podrá interponerse sustentadamente en forma escrita o verbalmente en la audiencia o diligencia respectiva, desde la fecha de expedición de la respectiva decisión hasta el vencimiento de los tres días siguientes a la última notificación, según el artículo 111 de la ley citada.

En cuanto a la forma, al igual que el recuso de reposición se presentará tal como lo denota el artículo 52 del C.C.A. La oportunidad, sustentabilidad, trámite, desistibilidad, efectos en los que se concede la apelación, así como la prohibición de *reformatio in pejus* en decisiones disciplinarias que han sido objeto de apelación por disciplinado “único” o los que intervinieren en el proceso en calidad de tales, se regirán por los artículos 111, 112, 114 a 116 y 120 ibídem.

### **2.1.3. Recurso de queja**

El instrumento procesal que posibilita la admisión y trámite del recurso de apelación, ha sido nominado por la Ley 734 como recurso y procede contra la decisión o acto administrativo de trámite motivado por el cual se rechaza el recurso de apelación, según lo previene el artículo 117 ibid.

Este “recurso” se interpone sustentadamente dentro del término de ejecutoria de la decisión que niega el recurso de apelación, ante el “superior jerárquico” o ante la autoridad de control exógeno disciplinario, en los casos y eventualidades especiales propuestas en la Ley General Disciplinaria colombiana.

El trámite y término de ejecutoria de las decisiones administrativas disciplinarias está previsto en los artículos 118 y 119 ibidem, así como la posibilidad de desistir este “recurso” hasta antes de que el funcionario competente lo decida, esta plasmado en el artículo 120 ibid.

### **2.1.4. Ejecutoria de las decisiones o actos disciplinarios y el agotamiento de la mal llamada “vía gubernativa”**

Por regla general, los actos administrativos disciplinarios son de carácter subjetivo, porque crean, preparan, ejecutan, modifican o extinguen una situación jurídica concreta o personal. De igual manera y por regla general, las decisiones o actos disciplinarios escritos adquieren firmeza “tres días después de la última notificación”; en tanto que, las decisiones disciplinarias verbales que se dicten en audiencias o diligencias son ejecutorias al “finalizar ésta o la sesión donde se haya tomado la decisión, si no fueren impugnadas”, según el inciso 1º del artículo 119 de la Ley 734.

Que un acto sea ejecutorio, significa que una vez proferido, publicado, notificado o comunicado, según el caso y naturaleza jurídica del acto (objetivo o subjetivo), produce efectos jurídicos frente a los particulares o administrados, puesto que aquél acto se cumple directamente aún sin su consentimiento y sin que la administración pública (en el sentido lato referido en la Parte I y II de esta Obra) deba acudir a las autoridades jurisdiccionales ordinarias o especiales, para imponer sus decisiones.

*“La fuerza ejecutoria de los actos administrativos...depende entonces de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada, y su firmeza, que se obtiene según el artículo 62” del C.C.A. Según la Sentencia 069 de Febrero 23 de 1995 de la Corte Constitucional.*

En materia administrativa general, adquieren firmeza los actos administrativos en las siguientes eventualidades: 1. Cuando contra ellos no procede ningún recurso. 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos; y, 4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.

Se entiende que se agota la mal llamada “vía gubernativa” (porque no sólo ante el “Gobierno” nacional, regional o local, se interponen y deciden recursos administrativos, sino ante las ramas, órganos, entidades autónomas o no o dependencias que realicen o cumplan funciones administrativas excepcional o permanentemente. Por eso, se prefiere “vía administrativa), cuando ha sucedido las eventualidades 1º y 2º anteriormente relacionadas y cuando “*el acto administrativo queda en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja*”, según el artículo 63 del C.C.A.

En el primer caso, se agota la vía administrativa cuando no procede recurso alguno, tal como sucede en el caso de los actos de carácter general (o actos objetivos), los actos de trámite, los preparatorios y de ejecución, “*excepto en los casos previstos en norma expresa*”, según el artículo 49 C.C.A.

En el segundo caso, se agota la vía administrativa cuando los recursos interpuestos (reposición, apelación y queja) se hayan decidido (artículos 50 a 55 y 59 del C.C.A.), no importando si es favorable o desfavorablemente al recurrente y si se ha producido expresamente o por silencio administrativo negativo o positivo (artículos 60 *ibid.*).

En el tercer caso, se agota la vía administrativa cuando no han sido interpuestos los recursos de reposición o de queja, en los casos en los cuales éstos procedan.

En tal virtud, no se agota la vía gubernativa cuando se desiste del recurso interpuesto (artículo 13 y 54 *ibidem*), ni cuando ha sido rechazado el recurso respectivo por no llenar los requisitos de forma y fondo previstos en el artículo 52 *ibid.*, ni cuando ha sobrevenido la perención (inactividad procesal de la autoridad disciplinaria por el término de 6 meses), según el artículo 148 *ibid.*, ni tampoco cuando se ha interpuesto y decidido el recurso extraordinario de revocatoria directa de los actos administrativos (objetivos y subjetivos), según los artículos 69 a 74 *ibidem*.

Ahora bien, en materia sancionadora disciplinaria hay unas ligeras diferencias y similitudes, tanto de la ejecutoria como del agotamiento de vía administrativa de las decisiones o actos administrativos subjetivos. Estas son: 1. Referente a la ejecutoria general de los actos disciplinarios escritos y verbales, *ut supra* ha quedado comentada. 2. Tiene ver con las formas de agotarse la vía administrativa, pues el inciso 2º del artículo 119 de la Ley 734 de 2002, sostiene una *sui géneris* forma de agotarla, así: “*Las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, así como aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, quedarán en firme el día que sean suscritas por el funcionario competente*”; y, 3. Hace referencia al igual que lo hiciera el C.C.A., que el desistimiento de los recursos interpuestos por el disciplinado, no agotan la vía (artículo 120), como tampoco no lo hará la interposición y decisión expresa (más no ficta o “presunta”, que sí procede en materia administrativa general) del recurso extraordinario de revocatoria directa, pues en materia disciplinaria no cabe el silencio administrativo de revocatoria (artículo 122 a 127 de la Ley 734), que si se presenta en materia administrativa general en el término de tres meses de interpuesto el recurso sin que la autoridad se haya pronunciado expresamente sobre aquél (artículo 71 Inciso 2º C.C.A.)

En tal virtud, en materia disciplinaria se agota la vía administrativa, por integración y remisión normativa (artículo 21 de la Ley 734), en los casos previstos en el artículo 62 y 63 del C.C.A., complementada la causal 3ª prevista en el artículo 63 (la no interposición de recursos que procedan contra el acto respectivo), con las previsiones del inciso 2º del artículo 119 de la Ley 734, al decir que cuando contra las decisiones no proceda recurso alguno “*quedarán en firme el día que sean suscritas por el funcionario competente*”. Igualmente complementada por jurisprudencia de la Corte Constitucional, al sostener que la firmeza de los actos disciplinarios se adquiere al día

siguiente, no solo de estar suscritas por el funcionario competente, sino de haber sido “*notificadas las providencias*” para que surtan “*los efectos jurídicos*” (C-1076-2002).

### **2.1.5. El recurso extraordinario de Revocatoria Directa**

La revocatoria directa en materia disciplinaria, procede contra actos administrativos subjetivos sancionadores y absolutorios o “fallos”, tal como ampliamente lo hemos comentado en el capítulo anterior, aparte 3.3.8.2.3.2.5. y siguientes.

En efecto, por regla general, podrá solicitarse sustentadamente por escrito o verbalmente en la audiencia o diligencia correspondiente, la revocatoria directa de las decisiones disciplinarias definitivas de carácter sancionador o también conocidos como actos subjetivos disciplinarios de gravamen o sanción, según el artículo 122 a 127 de la Ley 734 de 2002.

Igualmente y por excepción, procede contra los actos administrativos definitivos de carácter absolutorio, cuando sean el resultado de la investigación y juzgamiento por faltas que atentan los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, según la Corte Constitucional en Sentencia C-014 de 2002.

## **2.2. La Petición y declaratoria de nulidad total o parcial de lo actuado en el proceso disciplinario**

El disciplinado o su apoderado como los demás sujetos procesales en el plenario disciplinario, ostentan como uno más de sus derechos, el de presentar memoriales para impugnar decisiones administrativas, cuando éstas afecten, la competencia del funcionario para proferir el “fallo”, el derecho de defensa del investigado o el debido proceso, por la existencia de irregularidades sustanciales, según el artículo 143 de la Ley 734. En estos casos, se podrá solicitar ante la autoridad disciplinaria competente la declaratoria de nulidad de lo actuado en el proceso parcial o totalmente.

### **2.2.1. Conceptualización de la nulidad en el proceso administrativo disciplinario**

La nulidad en derecho se entiende como una falla (101), una inidoneidad (102) o una falencia u omisión en la que incurre una decisión, acto o trámite procedimental que afecta no sólo a la finalidad de ésta y aquellos, sino que vicia significativamente la decisión, acto o trámite, al punto que incide en su legitimidad o conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, pues no se trata de simples irregularidades procedimentales subsanables por la autoridad disciplinaria competente o por actos posteriores del disciplinado o su apoderado o los sujetos procesales que las convalidan, sino al contrario son irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, el derecho de defensa del disciplinado o la capacidad para administrar justicia por la autoridad disciplinaria competente para decidir definitivamente un proceso disciplinario a través de un “fallo” respectivo.

### **2.2.2. Causales de nulidad**

El artículo 143 de la Ley 734 de 2002 de idéntico tenor al artículo 306 del C.P.P., establece que son causales de nulidad, las siguientes: 1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo. 2. La violación del derecho de defensa del investigado; y, 3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

En materia disciplinaria como en el ámbito procesal penal, las causales de nulidad son taxativas. Este listado *numerus clausus* se justifica para evitar las dilaciones injustificadas en el proceso, darle mayor celeridad a los trámites, diligencias o etapas procedimentales y evitar al máximo posible que cualquier irregularidad, vicio o falencia procesal sea considerada como nulidad que afecte a parte o todo el proceso y por el contrario, se concentre en aquellas irregularidades sustanciales que afecten el derecho continente de otros como es el debido proceso o el derecho

defensa del investigado, que aunque se encuentra inmerso en éste último, el legislador del 2002, le deparó especial regulación para darle mayores garantías procesales y sustantivas de protección y defensabilidad al principal sujeto procesal del proceso: el disciplinado.

Por remisión expresa del parágrafo único del artículo 143 de la Ley 734, en materia de nulidades se aplicarán los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, previstos en el C.P.P., por lo tanto, deberá tenerse en cuenta que *“se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor”*, según el artículo 305.

### **2.2.2.1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo**

La primera causal de nulidad apunta a la competencia de la autoridad disciplinaria para proferir la decisión o acto administrativo disciplinario definitivo o “fallo disciplinario”.

La Competencia es el ámbito dentro del cual una Autoridad Administrativa o Juez de la República tiene capacidad jurídica y procesal para conocer y resolver un asunto o conflicto jurídico que ha sido puesto a su consideración, según unos factores subjetivos, objetivos, funcionales y de conexidad; y en materia disciplinaria además, según la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del asunto y el territorio donde se cometió la falta, tal como lo dispone el artículo 74 de la Ley 734.

A tenor del artículo 75, tienen competencia por la calidad del sujeto disciplinable las siguientes autoridades: 1. Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros.

El particular disciplinable, que ejerce funciones públicas por excepción, lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo en el caso de los notarios cuya potestad disciplinaria se ejerce por la Superintendencia de Notariado y Registro (artículo 59 *ibid*). En todo caso, tendrá competencia el Procurador, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión.

Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables la competencia radicará exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación y se determinará conforme a las reglas de competencia que gobiernan a los primeros.

Las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con el principio de la doble instancia, correspondiendo la segunda en todo caso al respectivo personero. Donde ello no fuere posible la segunda instancia le corresponderá al respectivo Procurador Regional.

Advierte el inciso 2º del artículo 74, que cuando resulte incompatible la aplicación de los factores territorial y funcional, para determinar la competencia, prevalecerá el factor funcional. Así mismo, aclara además el artículo 306-1º del C.P.P., aplicable al ámbito disciplinario, que durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial, cuando sea aplicable este solo factor de competencia.

En las ramas (excepto la jurisdiccional), organismos, entidades autónomas o no, en donde se halle institucionalizada la Oficina o Unidad de control interno disciplinario, esta será la autoridad disciplinaria *“encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que adelanten contra sus servidores”* y en segunda instancia tendrá competencia el “nominador”. Nominador, que en el caso de las universidades colombianas, por regla general, además es el representante legal de la Institución de Educación Superior. El Rector es el nominador de los servidores de libre nombramiento y remoción y los de carrera y el Consejo Superior Universitario en los casos de los servidores estatales de elección popular. En donde no se haya implementado las Unidades de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél.

De lo anterior podemos deducir de cara a determinar los límites de la primera causal de nulidad, lo siguiente:

1. La competencia para conocer y fallar (condenar o absolver) mediante un proceso disciplinario de control exógeno, externo y prevalente, la tiene el Procurador General de la Nación, los procuradores delegados, regionales y provinciales y en el ámbito municipal los Personeros municipales y distritales. Sin embargo, la Procuraduría podrá comisionar (103) o delegar (104) a los miembros del órgano de control y vigilancia de los servidores públicos en el país o en el extranjero, como a sus agentes para instruir un proceso o llevar a cabo el decreto y la práctica de pruebas, pero la potestad para imponer sanciones o emitir “fallos disciplinarios” que las contienen, siempre la tendrá la Procuraduría que delega o comisiona, bien en ejercicio del poder preferente disciplinario o la potestad disciplinaria especial sobre algunos servidores públicos o particulares con funciones públicas, excepto los notarios.

2. Cuando se trata de procesos disciplinarios administrativos con control endógeno disciplinario, la competencia para conocer y decidir un proceso, la tiene la Unidad de Control interno disciplinario en primera instancia, y en segunda, el nominador. En donde no exista ésta estructura sancionadora disciplinaria, la competencia para conocer y fallar, la tendrá el superior inmediato del investigado, y la segunda instancia, el superior jerárquico de aquél.

En ambos casos, también existirá las facultades del rector del proceso o comitente o delegante, que podrá comisionar o delegar en funcionarios públicos de igual o superior categoría del disciplinado, la práctica o la recaudación de pruebas o la instrucción o investigación disciplinaria, pero reservándose la potestad de imponer sanciones disciplinarias en los respectivos “fallos”.

3. La causal primera de nulidad en materia disciplinaria se configura sin desconocer el debido proceso administrativo, ni las etapas en la que éste se divide (indagación preliminar, investigación, pruebas, evaluación: decisión de cargos o archivo, alegatos y decisión final), ni tampoco la potestad que le asiste a las autoridades instructoras o investigadores disciplinarias ni a las encargadas de decidir definitivamente el proceso, sólo cuando la incompetencia afecta a la autoridad disciplinaria que conoce todas las etapas del proceso incluida la de decisión definitiva o “fallo disciplinario” (condenatorio o absolutorio), sin que importe que éste puede delegar o comisionar la práctica y decreto de pruebas o la realización de la instrucción, pues la nulidad no se extiende a la falta de competencia del órgano instructor disciplinario sino a la del órgano que decide o falla el proceso.

4. Al declarar la exequibilidad del artículo 131-1 de la Ley 200 de 1995, de idéntico tenor al artículo 143-1 de la Ley 734, la Corte Constitucional sostuvo sobre tema comentado lo siguiente: De conformidad con la estructura jerárquica sobre la cual se levanta el control disciplinario de los servidores públicos es posible señalar que la etapa de instrucción de una falta disciplinaria no determina el resultado de las diligencias ni afecta las garantías implícitas del debido proceso del investigado. En primer lugar, porque si el marco de referencia es el control disciplinario externo que ejerce la Procuraduría General de la Nación, es claro que en virtud de la potestad de delegación que ostenta el Procurador General éste podría asignar la instrucción del proceso a cualquiera de sus agentes. La competencia disciplinaria de la Procuraduría, tal como se adelantó, es general y, por tanto, sólo la incompetencia para fallar el proceso, es decir, para imponer la sanción, podría derivar en la nulidad del proceso disciplinario.

Si, por el contrario, el escenario es el del control interno de la falta disciplinaria, la restricción al ejercicio de la competencia estaría impuesta por el propio artículo 57 de la Ley 200 de 1995, según el cual, la investigación disciplinaria puede ser adelantada por la oficina de control interno o por quien decida el jefe de la Entidad o de la dependencia regional o seccional, siempre y cuando aquella se efectúe por un funcionario *de igual o superior jerarquía a la del investigado*. Es visto que si en el jefe de la entidad o en la oficina de control interno está la potestad de asignar el funcionario encargado de adelantar la investigación disciplinaria, la incompetencia para investigar no es determinante en la validez de las actuaciones correspondientes.

### 2.2.2.2. La violación del derecho de defensa del investigado

El artículo 17 de la Ley 734 de 2002, sostiene que durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciera se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

Por su parte, el artículo 90-2 de la Ley citada, manifiesta que el disciplinado como sujeto procesal tiene el derecho a designar defensor, que puede ser un profesional del derecho (abogado) o un estudiante de Consultorios jurídicos adscrito a una universidad de reconocida idoneidad. Además, los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000. Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero.

El disciplinado (investigado, encartado, enjuiciado disciplinariamente, sancionado o absuelto, nominación que adquiere según las etapas del proceso disciplinario o status de decisión final), tiene a lo largo de las diferentes fases del proceso una pléyade de derechos sustantivos y procedimentales, entre los cuales podemos enlistar los siguientes: a) Acceder y conocer desde el momento que se lo involucra en una investigación disciplinario a todos los actos, decisiones y diligencias inmersas en el expediente disciplinario como materialización del proceso; b) Ejercer el *ius postulando* desde el momento mismo de la indagación preliminar y para todo el proceso disciplinario en primera y segunda instancia, para que defienda su postura, argumentos fácticos y jurídicos y lo represente en todos las actuaciones, audiencias y diligencias del proceso; c) Ser notificado de las decisiones disciplinarias que se produzcan en el proceso, en la forma y con los efectos que determine la ley para cada acto administrativo de trámite, preparatorio, ejecutivo o definitivo. Por regla general, las notificaciones son de carácter personal y subsidiariamente por edicto, por estrados y por conducta concluyente. También tiene derecho en algunos casos, a ser comunicado previamente a la notificación de algunas decisiones, tanto en forma normal o escrita, como en forma electrónica (artículo 102 *ibid*); d) Interponer los recursos ordinarios de reposición, apelación y queja contra las decisiones disciplinarias de trámite (v.gr. pliego de cargos), preparatorias (v.gr. decisiones de negación parcial de pruebas), ejecutivas o definitivas (decisiones disciplinarias finales o “fallos”), en la forma y con los efectos jurídicos establecidos en la Ley 734. Así mismo interponer el recurso extraordinario de revocatoria directa, por regla general contra las decisiones disciplinarias finales o “fallos disciplinarios” de carácter sancionador, y por excepción contra las decisiones disciplinarias finales de carácter absolutorio, cuando sea adelantado por faltas que atenten los derechos humanos o el derecho internacional humanitario; y e) Presentar memoriales especiales como en el caso de los descargos y alegatos de conclusión, o peticiones en cualquier momento del proceso en donde esté habilitado legalmente para hacerlo en defensa o en solicitud de la concesión de un derecho específico. V.gr. adjuntando o solicitando pruebas; recurriendo decisiones; y, incoando incidentes procesales de impedimento o recusación y de nulidades.

La práctica forense disciplinaria (105) ha enlistado algunos ejemplos en los cuales se desconoce el derecho de defensa. Estos son: 1. Realización de emplazamientos indebidos, sin que se hubieren agotado todas las posibilidades para obtener la presencia del disciplinado. 2. Abstenerse el funcionario de considerar la solicitud de pruebas realizada por el disciplinado, bien para su práctica, bien para que se alleguen al plenario. 3. Decretar la práctica de pruebas, pero abstenerse de realizarlas, en especial si se trata de pruebas relevantes para la defensa. 4. Negar la práctica de pruebas sin motivar esa decisión, o motivarla en forma confusa, o con argucias simplemente convencionales. 5. No informar al acusado el inicio del proceso, bien en el momento de la indagación preliminar o en la investigación disciplinaria. 6. La falta de vinculación al proceso disciplinario de otro u otros partícipes suficientemente conocidos. 7. Iniciarse investigación por hechos distintos a los cargos imputados por el quejoso o el informante. 8. Decretar pruebas de

oficio sin dar oportunidad al acusado de solicitar las que él considera conducentes. 9. la falta de precisión en la imputación que se hace al acusado. En el pliego de cargos o en el auto de citación a audiencia se formulan cargos anfibológicos o contradictorios, o absurdamente gaseosos. 'Resulta ineludible señalar en forma concreta la disposición que da a su conducta el carácter de infracción disciplinaria'; y 10. Desconocer el *Ne bis in idem* en materia disciplinaria.

### **2.2.2.3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso**

Si acudimos al origen constitucional de la estructuración del debido proceso administrativo previsto en el artículo 29, y al desarrollo legal específico para el ámbito disciplinario previsto en el artículo 6 de la Ley 734 de 2002 y sin desconocer que en otras normas constitucionales como de carácter legal se encuentran derechos contenidos del continente del debido proceso, podremos deducir qué irregularidades son o no sustanciales al proceso debido.

Serán sustanciales por tanto, si el disciplinado es investigado y sancionado por faltas y sanciones que no están predeterminadas en el ordenamiento jurídico vigente (no legalidad de la falta y las sanciones); No ser investigado y sancionado por autoridad disciplinaria competente; Omitir una o varias etapas normales del proceso disciplinario; No aplicar los principios normas constitucionales en nuestro país de inocencia, de favorabilidad, *in dubio pro* disciplinado, *Ne bis in idem*, *ius postulandi*, cosa juzgada, prohibición de la *reformatio in pejus* en la segunda instancia disciplinaria, la nulidad de pleno derecho cuando la prueba es obtenida con violación del debido proceso. Principios normas que son el fundamento jurídico esencial de la investigación y juzgamiento del disciplinado; Incurrir en dilaciones no justificadas del proceso disciplinario; cercenar el derecho a la adjunción y solicitud de pruebas total o parcialmente, sin justificaciones fácticas y jurídicas de su rechazo parcial o total; Desconocer la potestad sancionadora disciplinaria preferente o prevalente del Ministerio Público, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación.

El *ius disciplinaria* Villegas (106), distingue dos clases de irregularidades en el proceso disciplinaria y cada una de imprime valores jurídicos y tratamientos diferentes. En efecto, distingue; de un lado, las irregularidades sustanciales, de fondo, que pueden afectar el decurso del proceso, al punto de resultar inevitable su nulidad total o parcial; y de otro, las irregularidades no sustanciales del proceso y las cuales no tienen la trascendencia ni el alcance de una nulidad; es posible que por ellas surja responsabilidad disciplinaria para el investigador o el fallador como cuando se desconoce algunos términos para determinadas actuaciones.

Como algunos de los ejemplos del primer grupo de irregularidades, el autor citado enumera los siguientes: 1. Abstenerse el competente de efectuar las comunicaciones que deben hacerse al interesado, tanto de la indagación preliminar como de la investigación disciplinaria, para que puedan ejercer sus derechos de contradicción y defensa (artículo 101 *ibíd.*). 2. Abstenerse de ordenar la entrega de fotocopias del expediente, o hacerlo en forma tardía al punto de vencerse los términos para rendir descargos, pedir pruebas, interponer recursos, etc. (artículos 90-4; 92-7 y 11; y 113 *ibídem*). 3. No permitirle al investigado acceso al expediente aunque haya sido escuchado en versión espontánea o notificado de los cargos (artículos 138 *ibíd.*). 4. Limitar los términos o el tiempo de que dispone el acusado para presentar su defensa (artículos 166, 188 Inciso 4º y 5º y 214).

Algunos ejemplos del segundo grupo de irregularidades, están: 1. Falta de firma del secretario, o de un testigo en la copia de la diligencia, pero no en el original. 2. La falta de ratificación de la queja cuando de otras pruebas surge de manera clara la supuesta realización de la falta disciplinaria; y, 3. La omisión de una firma en una diligencia cuando aparece claro que el funcionario o sujeto procesal sí intervino en la misma.

### **2.2.3. Petición y declaratoria de la nulidad**

En materia disciplinaria, la declaratoria de la nulidad de lo actuado parcial o totalmente, puede ser solicitada a instancia de los sujetos procesales involucrados en el proceso, o bien decidida *ex officio* por parte de la autoridad disciplinaria que conoce del asunto disciplinario.

En efecto, según el artículo 146 *ibid*, los sujetos procesales y particularmente el disciplinado y/o su apoderado, podrán solicitar sustentadamente (fáctica, jurídica y probadamente) la declaratoria de nulidad del proceso, siempre que exista una causal legal (artículo 143) para hacerlo y esté debidamente delimitada y motivada. La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo.

Igualmente, en cualquier momento del proceso disciplinario, la autoridad competente para su conocimiento, en la oportunidad que advierta la existencia de alguna de las causales de nulidad previstas en la Ley 734, deberá mediante decisión motivada declararlas y proceder a anular lo actuado desde el instante procesal en el cual se presente y consecuentemente ordenar, de ser posible y legal, se reponga la actuación que dependa de la decisión declarada nula (artículos 144 y 145 *ibídem*).

#### **2.2.4. Efectos jurídicos de la declaratoria y término para resolverla**

A tenor del artículo 145 *ibid.*, la declaratoria de nulidad afectará la actuación disciplinaria desde el momento en que se presente la causal. Así lo señalará el funcionario competente y ordenará que se reponga la actuación que dependa de la decisión declarada nula.

La declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente.

#### **2.2.5. Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación**

Por remisión expresa del párrafo único del artículo 143 de la Ley General Disciplinaria de 2002, son aplicables en materia disciplinaria los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación enlistados en el artículo 310 del C.P.P. Estos son: 1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa. 2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento. 3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica. 4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales. 5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial. Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia; y, 6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en el ordenamiento jurídico vigente.

### **2.3. L´Ombudsman universitario o Defensor de los derechos de la Comunidad Universitaria**

#### **2.3.1. Ideas preliminares**

L´Ombudsman escandinavo europeo, surgió como una institución extrajurisdiccional del más alto nivel profesional, social, jurídico y de valores y principios democráticos, con autonomía de las ramas, órganos, entidades y dependencias del Estado o los particulares y con funciones de garante y protector de los derechos y las libertades públicas de los particulares, de éstos cuando prestan servicios públicos al estado como empleados, funcionarios o servidores públicos, así como los deberes y responsabilidades que éstos tenían para con aquellos en sus relaciones de poder o de autoridad. Así mismo, propendía por la defensa del ordenamiento jurídico en las relaciones jurídicas, sociales y económicas entre particulares, servidores públicos y Estado.

La institución del L´Ombudsman fue asimilada por los diferentes países europeos y americanos por su organización, estructura y actuaciones autónomas y de independencia de los poderes públicos, por su capacidad y legitimidad para poder intermediar, avenir, solicitar o exigir determinadas actividades, gestiones o acciones entre las distintas ramas, órganos y entidades que conforman el Estado y por sus funciones de garante y protector de derechos y libertades públicas de todas las personas que conformaban el Estado. En España, se instituyó como el Defensor del Pueblo en la Constitución de 1978 y en Francia, como “*Le Médiateur*” en la Constitución de 1958. A nivel latinoamericano, en México en la Constitución de 1917 se hace mención del defensor de los derechos y en Colombia, como Defensor del Pueblo en la Constitución de 1991.

Con el paso del tiempo, la institución ha ido expandiéndose a actividades específicas entre el Estado y las personas que los conforman e incluso entre las relaciones jurídicas entre los particulares mismos en donde una parte de ellos ejerce funciones públicas por excepción. Así por ejemplo, en la Ley de protección de datos personales de Enero 27 de 1997, el Estado Alemán, creó al Comisario federal para la protección de datos en el sector público y un veedor ciudadano en sector privado, así este L´Ombudsman Informático se constituía en un garante y protector de los derechos de los titulares de los datos personales en todos aquellos “procesos de datos de autoridades y otros servicios públicos” y con funciones tales como: ejecución y asesoramiento sobre leyes de protección de datos, emisión de dictámenes e informes, solicitud de ayuda a autoridades y servicios públicos, registro y reclamaciones y protección de los derechos de los titulares de los datos personales (107).

En Colombia, en 1988 hicimos la propuesta a nivel nacional de creación del Defensor de las Libertades públicas en el municipio (108), de elección popular y de igual período a los Alcaldes y con funciones, estructura y organización de L´Ombudsman. En efecto, este Alto funcionario de naturaleza jurídica administrativa en su configuración y funciones, pero independiente y autónomos de las ramas, órganos, entidades y dependencias del Estado y cumple tres grandes grupos de funciones, a saber: a) Como vigía del ordenamiento jurídico vigente, la protección, defensa y pedagogía de los derechos humanos; b) como órgano de control extrajudicial de la administración pública y de las personas privadas que cumplen funciones públicas por excepción; y c) Como Veedor ciudadano en el municipio.

En el primer aspecto, el Alto funcionario Municipal vigilaba y prevenía las transgresiones, amenazas o vulneraciones de la Constitución, las leyes y demás normas jurídicas que se presenten en las relaciones jurídicas entre entidades vinculadas o adscritas al Estado y los particulares o administrados, con motivo de peticiones generales o personales, impugnaciones o recursos contra decisiones administrativas o incluso en el decurso de procesos administrativos (v.gr. urbanísticos, tributarios, de tránsito, de servicios públicos, de educación, etc.). Igualmente, este Alto funcionario es el protector, garante y promotor de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

En el segundo aspecto, L´Ombudsman municipal se constituía en un intermediador o medio de conexión y relación entre los diferentes niveles de la Administración Pública colombiana, las “autoridades” y personas privadas cuando unas y otras desempeñan “funciones administrativas” y los ciudadanos o administrados. Como una especie de órgano de “*control extra-jurisdiccional de la administración*” (109) pública y de los particulares con funciones públicas, controla y vigila las actuaciones, gestiones y acciones de todos los funcionarios y servidores públicos al servicio del Estado con autonomía e independencia de las ramas, órganos, entidades y dependencias, con poderes de advertencia, de comunicación, de mediación y conciliación e *in extremis* de solicitud a las autoridades judiciales, fiscales o conductuales disciplinarias para que inicien procesos judiciales o administrativos respectivos, cuando encontrare que sus actos o actividades son contrarias a derecho.

El control extra-jurisdiccional, sobre manera se convierte en un gran evitador del control jurisdiccional penal o de la potestad sancionadora disciplinaria de las autoridades que ejercen control externo o exógeno disciplinario (Procuraduría), de la potestad sancionadora fiscal

(Contraloría) o de cualquier otra autoridad local que tenga poder sancionador o correccional (v.gr. La tesorería municipal en materia tributaria, la secretaria de educación en materia educativa). Esta potente facultad de evitación de estas potestades del Estado, son posibles sólo cuando L'Ombudsman municipal falla en la actividad preventiva, pedagógica y de aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos jurídicos con fórmulas de avenimiento, concertación, conciliación, mediación o intermediación entre las partes en potencial conflicto o con una controversia jurídica verdadera. Estas fórmulas tienen presente siempre el respeto, la integridad y la estructuración de los derechos fundamentales de las personas y los derechos humanos de la persona en la sociedad, la familia y su relación con las instituciones nacionales y extranjeras (derecho internacional humanitario).

En el tercer grupo de funciones, está de veedor ciudadano, es decir, las que desempeña el Personero Municipal, por disposición del Código de Régimen Municipal y artículo 75 del C.C.A. Estas funciones están enfocadas a la defensa del ciudadano o administrado, cuando aquel necesita acceder a la atención o gestión de una diligencia, trámite o procedimiento administrativo ante la administración Pública, las "autoridades" estatales o las personas privadas con funciones públicas. Igualmente se dirigen a la colaboración eficaz y vigilancia puntual del desenvolvimiento y terminación de dichas gestiones, trámites y procedimientos administrativos cuando el administrado solicite su concurso.

### **2.3.2. L'Ombudsman o Defensor Universitario (\*)**

#### **2.3.2.1. En el ámbito universitario ibérico**

En España, recientemente y tras la expedición de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o Ley Orgánica de las Universidades (L.O.U.), se reeditó la estructura, organización y funciones de L'Ombudsman o Defensor universitario, como un organismo autónomo e independiente de la estructura organizativa de la universidad, institucionalizado *"para velar por el respeto a los derechos y las libertades de los profesores, estudiantes y personal de administración y servicios, ante las actuaciones de los diferentes órganos y servicios universitarios"*, según la disposición adicional decimocuarta de la L.O.U.

Y agrega, la norma transcrita: *"Sus actuaciones, siempre dirigidas hacia la mejora de la calidad universitaria en todos sus ámbitos, no estarán sometidas a mandato imperativo de ninguna instancia universitaria y vendrán regidas por los principios de independencia y autonomía"*.

Uno de los derechos que tienen los estudiantes universitarios según la L.O.U, y que deben estar previstos en los Estatutos universitarios correspondientes consistentes en la *"garantía de sus derechos, mediante procedimientos adecuados y, en su caso, la actuación del Defensor Universitario"*. De igual forma, podrán solicitar la intervención del Defensor los docentes y personal administrativo no docente que laboren en la Universidad cuando se hallen amenazados, vulnerados o desconocidos los derechos o libertades fundamentales.

#### **2.3.2.2. En el ámbito universitario mexicano**

En México, la Institución de L'Ombudsman universitario, se conoce como "La Defensoría de los derechos universitarios" (110) y es un órgano de naturaleza jurídica cuyo objetivo fundamental es el observar el estricto cumplimiento de las disposiciones legales que rigen en la Universidad. Su actividad consiste en conocer de los conflictos de carácter individual que se susciten dentro del entorno universitario y que sean de su competencia para intentar conciliar a las partes en pugna o en su caso emitir una recomendación apegada a la Legislación Universitaria tendiente a resolverla.

Son características relevantes de la Defensoría de los derechos universitarios en la propuesta para la Universidad Autónoma de Querétaro, según C. Marcos, las siguientes:

- 1. Independencia.** La característica fundamental de todo Ombudsman es precisamente su independencia, lo cual significa que ni su actuación ni sus decisiones estén supeditadas a ninguna

autoridad dentro o fuera de la Universidad. Esta independencia no debe entenderse como un intento de elevar la autoridad, (que siempre será puramente moral) de la Defensoría más allá de la máxima autoridad universitaria, el Honorable Consejo Universitario. Por independencia debe entenderse el que la Defensoría no recibirá instrucciones de autoridad ni funcionario alguno respecto a como resolver sobre los asuntos que conozca, y la autoridad debe abstenerse de interferir o intentar dirigir la actuación de la misma. Esta característica asegura la actuación justa e imparcial por parte del órgano en la solución de controversias, con lo cual se logra obtener la confianza de la comunidad universitaria de éste protector y vigilante del orden legal universitario.

**2. Organismo Conciliador.** Una de las actividades más destacadas de una Defensoría, es la de servir como amigable componedor entre las partes en conflicto. Esta actuación se funda en los principios de inmediatez, concentración y rapidez, principios que deben ser observados durante todo el procedimiento. La conciliación es la invitación que hace el Defensor a las partes desavenidas para armonizar sus diferencias conforme a la Legislación Universitaria. Este tipo de acciones, logran crear un ambiente de acercamiento entre las partes y a su vez refuerza el sentido de la convivencia universitaria.

**3. Supervisor del orden jurídico universitario.** La Universidad, al ser Autónoma, tiene la facultad de emitir sus propias normas, normas que representan dentro del entorno universitario el marco jurídico de acción de las autoridades y particulares. De este modo, todo acto realizado por la autoridad debe ser en estricta observancia de dicho cuerpo de Leyes, y todo acto del individuo debe respetarles también.

**4. Imparcialidad.** Junto con la independencia de la institución y como consecuencia directa de ésta, la Defensoría actúa siempre de manera imparcial. Esta imparcialidad se traduce en la obligación del Defensor de atender y proteger a cualquier miembro de la comunidad universitaria, sin prejuzgar ni intentar favorecer o perjudicar a nadie. Buscando siempre resolver de manera justa, escuchando a las partes en igualdad de circunstancias, decidiendo en cada caso en particular sin apasionamiento y siempre con apego a la norma jurídica sobre la existencia de una violación a un derecho universitario o en su caso, declarar la no responsabilidad del inculpaado y la inexistencia de la pretendida violación por ser los actos impugnados acordes a derecho.

**5. Accesibilidad.** La intención es crear un organismo no burocrático, al cual puedan acudir los universitarios de forma rápida y sencilla; ya sea para recibir asesoría o presentar en el caso de ser procedente una queja. Orientando al particular sobre si el procedimiento adecuado en el supuesto de tratarse de conflictos que no sean de su competencia. La accesibilidad se refiere a la facilidad con que los miembros de la comunidad universitaria pueden acudir en auxilio a la Defensoría, y en la sencillez con que pueden hacer uso de cualquiera de los servicios ofrecidos por la misma, evitando formalismos innecesarios y procurando siempre el trato personal y directo.

**6. Integración.** Dada la importancia y magnitud de la labor de la Defensoría, el Defensor se vería imposibilitado para llevarla a cabo por sí mismo. El Ombudsman Universitario, de acuerdo al Estatuto en propuesta y que lo regulará, contará con el auxilio de dos defensores adjuntos, un maestro y un alumno cuya labor es respaldar al titular, para efectos de que el Defensor tenga la posibilidad de contar con distintos puntos de vista al momento de emitir su resolución.

El defensor será elegido por voto popular universitario y los adjuntos por designación rectoral.

### **2.3.2.3. En el ámbito universitario colombiano**

Sea lo primero, manifestar que jurídica como prácticamente en el ambiente de la universidad colombiana no existe la figura de L'Ombudsman o Defensor universitario, pues ni la Ley 30 de 1992, ni el Decreto-Extraordinario 1210 de 1993 y la Ley 805 de 2003, para la universidad en general, la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad Militar "Nueva Granada", respectivamente, omiten por completo la referencia a dicho organismo o institución de defensa de derechos y libertades de los miembros de la Comunidad universitaria (docentes, discentes y personal administrativo no docente).

Sin embargo y con mayor razón proponemos su institucionalización, organización y despliegue funcional en la Universidad colombiana (111), tal como hoy por hoy, es una autoridad de Alto nivel y solvencia profesional, moral y jurídica en el ámbito de la universidad del mundo.

La propuesta de institucionalización en el ámbito colombiano, esta basada en las experiencias actualmente existentes en relación con la Defensoría del Pueblo prevista en la Carta Colombiana de 1991, tanto a nivel nacional como regional; así como en la figura de carácter preconstitucional que denominamos el Defensor de los Derechos y Libertades públicas en el municipio y por su puesto, en los antecedentes normativos y experiencias del Defensor universitario previstas en el régimen universitario español y mexicano.

### **2.3.2.3.1. Elección de L´Ombudsman o Defensor universitario**

Este defensor de los derechos humanos y las libertades públicas en la universidad colombiana será elegido por el voto popular de la Comunidad universitaria (docentes, discentes y personal administrativo no docente), en la misma fecha que se elige al Rector de la Institución universitaria.

La escogencia del defensor universitario mediante el voto garantiza y legitima su autoridad ética y deontológica al interior de la universidad y consecuentemente, su organización, estructura y funcionamiento con plena autonomía e independencia de las autoridades académico-administrativas colegiadas (Consejos Superior, Académico, Administrativo, de planeación, de facultad, de investigaciones y postgrados, etc.), como de las autoridades individuales (Rectoría, Vicerreorías, Decanaturas, directores de programas e investigaciones, etc.). Esta autonomía deberá entenderse como la capacidad para no recibir instrucciones *de autoridad ni funcionario alguno respecto a como resolver sobre los asuntos que conozca, y la autoridad debe abstenerse de interferir o intentar dirigir la actuación de la misma.*

### **2.3.2.3.2. Requisitos y Naturaleza jurídica de la Defensoría Universitaria**

El defensor universitario deberá ser docente universitario de carrera y escalafonado como mínimo en la categoría de asociado, profesional en derecho y sin antecedentes disciplinarios, penales y fiscales.

La Defensoría, por su forma de elección, calidad del docente (servidor público de carrera), actividades, funciones y actos jurídicos producidos, tiene naturaleza jurídica administrativa y por tanto, estará regulado por normas de derecho público, especialmente por el derecho constitucional y administrativo (general y disciplinario). En el ámbito disciplinario será sujeto pasible cuando incurra en faltas disciplinarias, según el ordenamiento jurídico vigente, ante la Procuraduría General de la Nación.

Los actos jurídicos que profiera en ejercicio de su cargo, por regla general serán de naturaleza *ius administrativa*, y por tanto, sometidos al control jurídico del derecho administrativo en vía administrativa, a través de los recursos ordinarios (reposición, apelación y queja) y extraordinario (de revocatoria directa); y en vía contencioso administrativa, por intermedio de acciones pertinentes (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa).

Los actos académicos o de accesibilidad a gestiones o actividades de los miembros de la Comunidad universitaria, no serán objeto de recurso alguno, pues en este segundo caso, el defensor interviene ante las instancias universitarias a favor de un docente, estudiante o miembro del personal administrativo no docente, para que éstos puedan acudir de forma rápida y sin formalismo alguno; *ya sea para recibir asesoría o presentar en el caso de ser procedente una queja. Orientando al particular sobre si el procedimiento adecuado en el supuesto de tratarse de conflictos que no sean de su competencia;* o en fin, para presentar en debida y legal forma un derecho de petición a las autoridades internas como externas de la universidad en defensa de sus derechos o incluso de la propia institución universitaria.

En todo caso, se entenderán actos académicos o de accesibilidad a instancias, gestiones o actividades internas o externas universitarias, aquellos actos jurídicos que no crean, modifiquen o extingan una situación jurídica concreta, personal (actos administrativos subjetivos) o una situación jurídica abstracta, impersonal o general (actos administrativos objetivos).

### **2.3.2.3.3. Funciones del Defensor universitario**

La principal función consiste en defender los derechos fundamentales, constitucionales, legales o estatutarios de los miembros de la comunidad universitaria, cuando se vean amenazados, vulnerados o desconocidos por particulares, autoridades académico-administrativas colegiadas o individuales de la universidad u otras universidades, o por personas particulares con funciones públicas o ramas, órganos y entidades del Estado.

Como funciones especiales; entre otras, que se podrán reglamentar en los Estatutos Generales, Docente, Discente, Administrativo o de Investigaciones, según el ámbito de competencia y jurisdicción del defensor universitario, las siguientes: 1. Cumplir y hacer cumplir el ordenamiento jurídico general y universitario vigente. 2. Promocionar y divulgar pedagógicamente el ordenamiento jurídico general y universitario en la comunidad universitaria; 3. Intervenir y solicitar informes ante las autoridades académico-administrativas de la universidad, cuando previamente se le ha solicitado por un miembro de la comunidad universitaria su intermediación ante esas instancias; 4. Solicitar informes a las autoridades cuando las necesidades y circunstancias lo aconsejen para evitar un daño o perjuicio a los miembros de la comunidad universitaria o a la propia institución universitaria; 5. Colaborar efectivamente con los miembros de la comunidad universitaria para que ejerciten los derechos fundamentales previstos en el ordenamiento jurídico vigente en debida y legal forma ante las instancias públicas o privadas que realizan funciones públicas en el ámbito educativo; 6. Poner en conocimiento de las autoridades jurisdiccionales y administrativas fiscales o conductuales correspondientes, cuando alguno de los miembros de la comunidad universitaria cometa una falta disciplinaria, infracción que conlleve responsabilidad fiscal o conducta delictiva, según fuere el caso. En el evento de las faltas disciplinarias, tendrá la obligación de poner en conocimiento de la Unidad de Control Interno Disciplinario que funcione en la Universidad o de la Procuraduría General de la Nación, según fuere un servidor público con o sin fuero disciplinario; 7. Adelantar las diligencias de conciliación o mediación, según fuere el caso o controversias jurídicas o en equidad en las que actuare como conciliador o mediador; 8. Interponer acciones judiciales (tutela, de cumplimiento, de nulidad), recursos ordinarios y extraordinario administrativos contra decisiones o actos administrativos generales y contra actos subjetivos, cuando medie petición y demostración del interés jurídico de aquél, ante las instancias estatales o universitarias respectivas, siempre y cuando afecten derechos o intereses legítimos educativos o de la institución universitaria; 9. Conminar o requerir con potestad a las autoridades académico-administrativas de la Universidad cuando desobedezcan, incumplan o desatiendan sus mandatos, observaciones o rectificaciones sobre actos, gestiones o actividades que tiendan a vulnerar o quebrantar el derecho de un miembro de la comunidad universitaria.

## **3. INSTRUMENTOS JURISDICCIONALES**

Sin agotar el estudio y análisis jurídico de todos los mecanismos jurídicos que dispone el docente universitario, para defender o hacer que se produzca una tutela efectiva de los derechos fundamentales tanto sustantivos como procesales que pudieran ser amenazados o vulnerados, con ocasión de un proceso administrativo disciplinario ante la Procuraduría General de la Nación o ante las autoridades de Control endógeno disciplinario (Unidades de Control Interno, Nominador y Superior jerárquico, Comités o Comisiones investigadoras disciplinarias universitarias), a continuación presentamos un repertorio de acciones judiciales de carácter constitucional (tutela y cumplimiento, principalmente); acciones contencioso administrativas (Nulidad, Nulidad y restablecimiento del derecho; de reparación directa y la de lesividad a instancia del propio Estado); y finalmente, la medida cautelar de la suspensión de la eficacia de los actos administrativos subjetivos en proceso.

No sobra recordar que el primer y más grande instrumento jurídico procesal de defensa integral de los derechos previstos en el ordenamiento jurídico vigente para el docente universitario es el mismo proceso disciplinario, pues allí tiene la oportunidad de desplegar la defensa y protección de sus derechos sustantivos y procesales en cada una de las etapas normales o anormales del proceso y en cada momento procesal que se le brinda para presentar memoriales sobre temas diversos, adjuntar y solicitar el decreto y práctica de pruebas e impugnar o recurrir taxativamente las decisiones disciplinarias, incluida la definitiva o “fallo disciplinario”. En consecuencia, los mecanismos *ut supra* relacionados constituyen mecanismos de defensa de derechos *extra* proceso de carácter jurisdiccional.

### **3.1. Acciones a instancia del sujeto disciplinado contra actos administrativos disciplinarios de trámite, preparatorios, de cumplimiento y definitivos**

#### **3.1.1. La acción de tutela**

##### **3.1.1.1. Conceptualización**

La acción de tutela es un mecanismo jurisdiccional de protección y defensa de derechos fundamentales de la persona humana, que se institucionalizó en Colombia, a partir de la Constitución de 1991, al igual que ya lo había hecho la Constitución Mexicana de 1917, con el llamado “recurso de amparo” y la Constitución ibérica de 1978, con el mismo nombre. Hoy por hoy, en la mayoría de países del mundo y particularmente los latinoamericanos la han elevado al pedestal de ser uno de los medios judiciales más idóneos, expeditos y eficaces para la defensa de los derechos de primera generación o fundamentales, tales como la vida, la vida digna: integridad física y moral, la intimidad personal y familiar, la honra, el honor, la buena imagen, la salud, igualdad, habeas data, el trabajo, el debido proceso, a no declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o parientes, el derecho de petición, etc., previstos, principalmente en el Capítulo II, Título II, artículos 11 a 41 y también en otras normas en forma dispersa en la Carta Constitucional.

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala el decreto 2591 de 1991. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela, según el artículo 86 de la Carta colombiana y el artículo 1º del Decreto mencionado.

Se entenderá que no se encuentra amenazado un derecho constitucional fundamental por el solo hecho de que se abra o adelante una investigación o averiguación administrativa por la autoridad competente con sujeción al procedimiento correspondiente regulado por la ley, según lo aclara el artículo 3º del Decreto 306 de 1992. En consecuencia hay que distinguir entre vulneración y amenaza de los derechos fundamentales, pues son dos causales claramente distinguibles: *“la primera requiere de una verificación objetiva que corresponde efectuar a los jueces de tutela, mediante la estimación de su ocurrencia empírica y su repercusión jurídico-constitucional; la segunda, en cambio, incorpora criterios tanto subjetivos como objetivos, configurándose no tanto por la intención de la autoridad pública o el particular, cuando sea del caso, sino por el resultado que su acción o abstención pueda tener sobre el ánimo de la persona presuntamente afectada. Para que se determine entonces la hipótesis constitucional de la amenaza se requiere la confluencia de elementos subjetivos y objetivos o externos: el temor del sujeto que ve peligrar sus derechos fundamentales y la convalidación de dicha percepción mediante elementos objetivos externos, cuya significación es la que ofrecen las circunstancias temporales e históricas en que se desarrollan los hechos”* (Sentencia C-027-1993).

La protección de la acción de tutela consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días ante la solicitud de tutela y su resolución.

### 3.1.1.2. Procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales, relacionados a título de ejemplo anteriormente, tanto los previstos en el Capítulo II, Título II de la Carta constitucional, como aquellos derechos no expresamente señalados en la constitución como fundamentales, "*pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos*" (artículo 2º Decreto 2591 del 91).

También procede contra acciones u omisiones de particulares, en los siguientes casos:

1. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación, la salud y los públicos domiciliarios para proteger los derechos consagrados en la Carta colombiana y no exclusivamente los previstos en los artículos 13,15,18,19,20, 23, 27, 29, 37 y 39, cuya relación taxativa fue declarada inexecutable por la Sentencia C-134-94.
2. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere beneficiario real de la situación que motivo la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
3. Cuando contra quien hubiere hecho la solicitud viole o amenace la vida digna (prohibición a la esclavitud y la trata de seres humanos cualquiera sea la forma), o el derecho de habeas data (almacenamiento, actualización, corrección y eliminación de datos o informaciones personales escritas o electrónicas). En este último caso además, cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.
4. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.
5. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menos que solicite la tutela.

La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito. La distinción de una y otra manifestación se halla prevista en la Sentencia T-098-94.

La Corte Constitucional en Sentencia T-796-2003, ha sostenido que adicionalmente, en relación con la procedencia de la acción de tutela en los eventos en que los peticionarios tengan a su alcance un medio de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional ha considerado que se deben cumplir los siguientes requisitos: 1. Que la persona haya agotado los recursos en sede administrativa (salvo, la eventualidad del artículo 9º del Decreto 2591 del 91, que más adelante comentaremos) y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho; 2. Que se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario; 3. Que además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, que existan laxos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso; 4. En concordancia con lo anterior, para

determinar si la acción de tutela es o no procedente como mecanismo transitorio, no resulta suficiente invocar fundamentos de derecho, sino que son necesarios también fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela.

### 3.1.1.3. Improcedencia de la tutela

Según el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procederá en los siguientes eventos: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante. 2. Cuando para proteger el derecho no pueda invocar el recurso de habeas corpus. 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos. 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho. 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal o abstracto (o actos administrativos objetivos), pues estos no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas concretas o personales (actos subjetivos), “y por lo mismo, tampoco puede lesionar por sí sola derechos de esta índole, que es lo que la Constitución y la ley requieren para que la acción de tutela sea viable, por cuya virtud en consecuencia, ésta no procede” (Sentencias T-225 a T-400-92).

### 3.1.1.4. Agotamiento opcional de la “vía gubernativa” o administrativa

A tenor del artículo 9º del Decreto 2591 del 91, no será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos (reposición, apelación y queja), sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela.

El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

En materia administrativa disciplinaria, esta norma es de capital importancia, por cuanto la propia ley no establece como condición *sine qua nom* para ejercitar la acción de tutela, el previo agotamiento de la vía administrativa, tal como se ha visto anteriormente, contra actos administrativos subjetivos disciplinarios; pero si se han ejercitado y se está a la espera de decisión por parte de la autoridad competente, esto no es obstáculo procesal para poder incoar la acción de tutela concomitantemente. Cosa diferente es que el peticionario o recurrente en vía administrativa, previa a acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar el acto jurídico o administrativo subjetivo respectivo, sí debe agotar previamente la mencionada vía para estar legitimado en la causa y en el proceso contencioso objetivo (de nulidad) o resarcitorio (de nulidad y restablecimiento del derecho), caso contrario será rechazada la demanda o excepcionada por el demandado al contestar el *libello* de demanda.

### 3.1.1.5. Contenido de la solicitud de tutela. La corrección y el rechazo excepcional de la tutela

En la solicitud de tutela se expresará, con mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.

No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercitada, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.

Por disposición del artículo 17 *ibid*, si no pudiere determinarse el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de tres días, los cuales deberán señalarse concretamente en la correspondiente providencia. Si no los corrigiere, la solicitud podrá ser rechazada de plano. Este rechazo es excepcional, pues la claridad de los fines de la tutela previstos en la Constitución, *“no deja lugar a dudas en el sentido de que la administración de justicia, ante la petición de quien se considere afectado, está en la obligación de verificar si los derechos fundamentales del quejoso han sido vulnerados o amenazados y, si así lo estableciere, de disponer lo conducente al imperio efectivo de la normatividad constitucional”* (Sentencia T-034-94).

### 3.1.1.6. Procedimiento preferente y sumario de la tutela

Este brevísimo procedimiento constitucional ante los jueces de la república, según el artículo 86 constitucional, debe estructurarse con base en los siguientes lineamientos: 1. Toda persona puede instaurar la acción de tutela, por sí misma o por quien actúe a su nombre; 2. El trámite procedimental es preferente y sumario; 3. Protege los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular que ejerce funciones públicas; 4. Entre la solicitud de tutela y la decisión o fallo, no podrán transcurrir más de diez días; 5. El Fallo de tutela será de inmediato cumplimiento y procederá contra él impugnación ante el juez competente; 6. El fallo contendrá una orden para contra quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo; 7. Procede la tutela cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Estas pautas como se observa no solo son de carácter procesal sino, y por sobre todo, de carácter sustantivo. Quizá por ello, el constituyente del 91 al institucionalizar normativamente la tutela lo hizo con claros fines garantistas a favor de todas las personas y con extremo celo y pecando de convertir a la Constitución en un simple texto normativo legal o de desarrollo. En efecto, el artículo 86 constitucional estableció directrices amplias de la acción de tutela que en estricto rigor jurídico constituyen no una norma origen (constitucional), sino una norma desarrollo (ley que reglamenta la tutela) bajo la apariencia de norma constitucional que debe inspirar a las normas desarrollo, pero no vaciarlas de contenido, como sucedió con la tutela.

El trámite procedimental de la tutela, por tanto, se podría resumir en las siguientes fases normales obligatorias y contingentes: **1. Iniciación.** El trámite preferencial de la tutela estará a cargo del Juez, Presidente de la Sala o del Magistrado a quien éste designe en turno riguroso, y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, excepto del de habeas data. Los plazos son perentorios o improrrogables. **2. Opcional de Pruebas.** Puede decretarlas de oficio o a instancia de parte, si la hubiere. Oficiosamente podrá solicitar informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud de tutela, en el plazo de uno a tres días, so pena de acarrearle responsabilidades a quien incumpla injustificada la solicitud. En el mismo plazo anterior, también se podrá pedir informes adicionales, si del informe resultare que no son ciertos los hechos. **3. Fallo.** El Juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir fallo, sin necesidad de practicar pruebas solicitadas. El Fallo de tutela será cumplido por la autoridad responsable del agravio sin demora alguna. Este contendrá unos requisitos de forma y fondo (artículo 29), será notificado (artículo 30) y podrá ser impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación por el defensor del pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato. Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión (artículo 31).

En forma anormal, podrá terminar el trámite de tutela, cuando estando en curso, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes. Y agrega, el artículo 26 *ibid*, que el recurrente (por tutelante) podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente. Cuando el desistimiento hubiere tenido origen en una satisfacción extraprocesal de los derechos reclamados por el interesado, el expediente podrá reabrirse en cualquier tiempo, si se demuestra que la satisfacción acordada ha resultado incumplida o tardía.

### 3.1.1.7. Decisiones disciplinarias objeto de tutela

Por la naturaleza jurídica, la conceptualización y la procedencia de la tutela, ésta es viable por regla general, contra todo acto administrativo de carácter subjetivo por cual se crea, modifica o extingue una situación jurídica y con el cual se vulnera o amenace derechos constitucionales fundamentales de la persona humana, por acciones u omisiones de las autoridades pertenecientes a las ramas del poder Público, los órganos o entidades autónomas (como la Universidad) o no del Estado, o los particulares cuando realizan funciones públicas en cualquiera de los servicios públicos a cargo del Estado (v.gr. educación, salud, domiciliarios públicos, etc.,)

Cuando se ejercita la tutela contra las decisiones o actos subjetivos, no será necesario agotar la vía administrativa (interposición y resolución expresa o tácita de recursos de reposición, apelación y queja) como requisito de procedibilidad de la tutela. Se podrá ejercitar concomitantemente los recursos administrativos y la tutela. No procederá la tutela, cuando existan “*otros recursos o medios de defensa judiciales*”, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio.

En tal virtud, en materia sancionadora disciplinaria, en principio la tutela es procedente contra todos los actos subjetivos que se profieran en el proceso disciplinario, en tanto en cuanto contra ellos no procedan recursos o medios de defensa judicial posterior y salvo que no se ejerza la tutela como mecanismo transitorio. Si procede contra los actos disciplinarios en los que deba o no agotarse la vía administrativa, teniendo en cuenta siempre la prohibición y permisividad anterior.

Según el C.C.A., no procede recurso administrativo alguno, salvo las excepciones previstas en la ley, contra los actos de trámite, preparatorios, o de ejecución; en cambio sí son procedentes los recursos de reposición, apelación y queja contra los actos administrativos definitivos, porque ponen fin a una actuación administrativa y los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; además los actos de trámite que ponen fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla, según lo disponen los artículos 49 y 50.

A lo largo de esta Obra nos hemos referido específicamente a diversos ejemplos de las distintas clases de actos administrativos subjetivos dentro de los cuales cabría, por lo anteriormente comentado, la acción de tutela ejercitada por uno cualquiera de los sujetos procesales en materia disciplinaria y que tenga interés jurídico para hacerlo en el ámbito constitucional (artículo 10 del Decreto-ley 2591 de 1991). Sin embargo, a título de ejemplo relacionamos los siguientes actos disciplinarios subjetivos: 1. La decisión de la terminación anormal del proceso disciplinario (artículo 73 de la Ley 734 de 2002); 2. La decisión de la terminación anormal del proceso disciplinario por prescripción (artículo 73 *ibid*); 3. Decisión sobre el impedimento o recusación (artículo 87 *ibid*); 4. Decisión que niega el acceso a la investigación o la expedición de copias del expediente de quien no es sujeto procesal (artículo 95); 5. Decisión mediante la cual el procurador General de la Nación se abstiene de revocar el “fallo disciplinario” (artículo 125); 6. La Decisión de revocatoria directa de los “fallos sancionadores” de quien lo profirió o de su superior funcional (artículo 123); 7. Decisión que revoca la suspensión provisional (artículo 157 Inciso 6°); 8. Decisión sobre “medidas preventivas” (artículo 160); 9. La decisión de cargos o “pliego de cargos” contra el disciplinado (artículo 162); 10. La decisión sobre la “variación del pliego de cargos” (artículo 165); y, 11. Decisión que ordena ejecutar la sanción impuesta (artículo 172). Además, las que por vía jurisprudencial ha detectado la Corte Constitucional e inmersas en los actos administrativos definitivos de carácter sancionador (112).

La Corte Constitucional como el Consejo de Estado han tenido que pronunciarse en diversas sentencias sobre la procedencia de la acción de tutela con respecto a dos de las decisiones disciplinarias anteriormente relacionadas: por un lado, sobre la decisión o “auto” de cargos (113); y de otro, sobre la variación del pliego de cargos en procesos disciplinarios jurisdiccionales, en la sentencia T-1160-2004. En esta se manifiesta:

*“Es sabido que al derecho disciplinario, dada su naturaleza punitiva, le son aplicables los principios y garantías del derecho penal (C-427-94, C-194-95 y C-619-01), lo que se traduce en que los servidores públicos no puedan ser sancionados por cargos que no les fueron formulados (C-541-98), porque quien no tiene un conocimiento real, efectivo y completo de las acusaciones en su contra no puede controvertirlas, de modo que resulta claro que los servidores judiciales no pueden ser condenados por cargos de los que no fueron noticiados con antelación a la sentencia, tanto así que el inciso final del artículo 165 de la Ley 734 de 2002 preceptúa: ‘El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviviente...’ Se trata entonces de que los cargos disciplinarios se concreten antes de la sentencia, y con la antelación que requiere el inculpado para conocer la acusación, alegar, contradecir y probar a su favor, en cuanto “la garantía del derecho de defensa no beneficia solamente al acusado sino, también, es indispensable para el logro del fin esencial de todo proceso: la determinación de la verdad jurídica acerca de los hechos que dan lugar a la sanción que se busca imponer (T-436-92 y T-198-93). La búsqueda de la verdad conlleva, entonces, una dialéctica permanente entre la versión de la persona a quien se imputan las faltas disciplinarias y de las autoridades (T-490-92, T-582-92, T-233-95)”.*

*La relación entre el derecho a la defensa y la consonancia entre la acusación y la condena es un asunto que ha sido abordado por la jurisprudencia de manera insistente, siendo por ello claro que toda defensa real y cierta presupone, de parte del acusado, el conocimiento oportuno de la acusación que debe contradecir, de los hechos que tendrá que desvirtuar y de las pruebas que le será posible confrontar”.*

### **3.1.2. La acción de cumplimiento**

#### **3.1.2.1. Conceptualización**

La acción de cumplimiento es un instrumento jurídico procesal de rango constitucional que tiene toda persona (natural o jurídica privada o pública e incluso a los servidores públicos) para acudir ante la autoridad judicial con el propósito de hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, según el artículo 87 constitucional, puesto que el ordenamiento jurídico vigente en un Estado social y de derecho como el nuestro, no puede ser solo un catálogo de normas jurídicas, de Códigos o de Estatutos universitarios que regulen materias, organización, estructura y las relaciones jurídicas entre los miembros de una cualquiera de las ramas de poder público, de un organismo o de una entidad autónoma del Estado y de quienes hacen parte de aquél, sino que dichos cuerpos normativos deben constituirse en forma esencial y efectiva de derechos y deberes en la sociedad y de cara al Estado, es decir, que se apliquen en la *práxis* social en todo momento y lugar, en forma volitiva y finalística por parte del Estado y de quienes hacen parte de él o, como última *ratio*, en forma instada a través de mecanismos jurisdiccionales como la acción de cumplimiento.

*“En efecto, resulta paradójico que muchas veces las normas quedan escritas, es decir, no tienen ejecución o concreción práctica en la realidad, de modo que el proceso legislativo y su producto se convierten a menudo en inoperantes e inútiles. Igual cosa sucede con los actos administrativos que la administración dicta pero no desarrolla materialmente” (Sentencia C-157-1998, Abril 29).*

La acción de cumplimiento es el medio jurídico procesal idóneo para hacer cumplir la ley o los actos administrativos, con la intervención de un juez de la república y mediante un proceso preferencial y sumario establecido en la Ley 393 de 1997, cuando las “autoridades” estatales o los particulares con función pública han omitido el deber de hacerlo. Respecto de los actos o

decisiones administrativas este cumplimiento judicial instado es tanto de los de contenido general, abstracto o impersonal (o también conocidos como actos objetivos), como las que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas concretas o personales (actos subjetivos). Estos últimos previos unos requerimientos especiales como veremos *ut infra*. En todo caso podrá demandarse el cumplimiento de actos administrativos escritos o verbales (artículo 10-2 Ley citada).

Por los fines que persigue la acción de cumplimiento referida a los actos administrativos y en atención a una de las características intrínsecas del actos administrativo cual es la ejecutoriedad, podría decirse que Constituyente de 1991 y el legislador de 1997 que desarrollo el artículo 87 constitucional sobre la acción de cumplimiento, estuvieron pensando en un *plus* de garantía para los actos administrativos incumplidos por la autoridad estatal o por los particulares con funciones públicas que los crean o emiten.

En efecto, que un acto sea ejecutorio u obligatorio, significa que éste debe cumplirse directamente aún sin el consentimiento del particular o administrado y sin que la Administración Pública o cualquiera de las ramas del poder, los organismos y entidades del Estado o los particulares que ejercen una función pública deban acudir a los Tribunales o jueces para imponer sus decisiones. Dicha ejecutoriedad surge una vez se ha proferido o publicado (acto objetivo) o notificado o comunicado (acto subjetivo) y es, a partir de éste momento que el acto produce efectos jurídicos *erga omnes* o *inter alios* según la naturaleza y clase de acto. En tales circunstancias, la acción de cumplimiento sería innecesaria, pues desconoce la característica intrínseca de los actos administrativos que predica precisamente la no intervención judicial para imponerse entre los destinatarios, particulares o administrados. Sin embargo, sí consideramos que la mencionada acción de rango constitucional constituye una potenciación garantista de cumplimiento y obligatoriedad de los actos administrativos con la intervención judicial y mediante proceso breve y preferencial, no deberá desdeñarse la labor altamente proteccionista del constituyente de 1991, a favor de las personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica mediante un acto o decisión administrativa.

### 3.1.2.2. Procedibilidad

La acción de cumplimiento procederá contra toda acción y omisión de la “autoridad” (pertenecientes a cualquiera de las tres ramas del poder, organismos o entidades del Estado) o de los particulares con funciones públicas, que incumplan o ejecuten actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas legales (leyes) o con fuerza de ley (decretos leyes y decretos legislativos) y de actos administrativos objetivos y subjetivos. Estos últimos, siempre y cuando el afectado no tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del acto administrativo, y además que de no proceder el juez para su cumplimiento, “*se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante*” (artículo 9º Ley citada). En tal virtud, la acción de cumplimiento para los actos administrativos objetivos es general, en tanto que para los actos administrativos subjetivos es de carácter excepcional (114).

Esto por cuanto, según lo recuerda la Corte Constitucional en Sentencia C-638-2000, “*El objeto y finalidad de la acción de cumplimiento es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter*”. El deber omitido es de la esencia de la acción de cumplimiento, pues no se trata de cualquier forma abstracta e indeterminada de incumplimiento, sino aquel que se dirige concretamente a determinar el incumplimiento por parte de la “autoridad” o particular con funciones públicas contra quien se dirige la acción respectiva, o cuando aquella y éstas, ejecutan actos o hechos que permitan deducir inminentemente el incumplimiento de normas legales o actos administrativos.

Como requisito adicional de procedibilidad de la acción de cumplimiento que la Constitución no lo prevé en el artículo 87, se encuentra regulado en el inciso 2º del artículo 8º de la Ley 393 de 1997, al sostener que “el accionante previamente” debe demostrar que ha “reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no

contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud". Solo por excepción, se puede prescindir de este requisito, "cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable *'para el accionante'* (115), caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda".

Finalmente, la acción de cumplimiento procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de ley y actos administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho, según el inciso 3º del artículo citado.

### 3.1.2.3. Improcedencia

La acción de cumplimiento no procederá para la protección de derechos constitucionales fundamentales, pues para estos eventos se ha instituido la acción de tutela. De todas formas, cuando sea presentada una solicitud de acción de cumplimiento de una ley o acto administrativo en la que acción u omisión de autoridad estatal o particular con funciones públicas conlleve la vulneración o amenaza de defensa de derechos fundamentales, "el juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de tutela", por disposición del artículo 9º de la Ley 393 del 97. Esto es lo que se conoce en la jurisprudencia colombiana como "la transmutación de la acción de cumplimiento en la acción de tutela", por vía excepcional (C. de E., Sección 3ª, Sentencia ACU-56, diciembre 11 de 1997)(116).

La Corte al respecto ha sostenido: "en aquellos casos en los cuales se presenta un incumplimiento de normas administrativas que, a su vez, se erige en factor fundamental de la violación de derechos fundamentales de ciertas personas, la vía procesal adecuada para restablecer esos derechos es la acción de tutela. Ciertamente, el objeto primordial de este mecanismo procesal es la defensa y restablecimiento de los derechos fundamentales, en tanto que el objeto fundamental de la acción de cumplimiento consiste en que el ordenamiento jurídico, en todos sus componentes, sea cumplido a cabalidad. En este sentido, si bien una acción de cumplimiento puede contribuir a restablecer una violación de derechos fundamentales, ello ocurriría de manera mediata, como efecto secundario de una orden judicial tendente a que se cumpla alguna norma jurídica. A diferencia de lo anterior, en el caso de la acción de tutela, la protección a los derechos fundamentales es inmediata, como quiera que tal protección es el objeto esencial de la anotada acción" (C-1194-2001). De otra parte, tampoco procederá la acción de cumplimiento, cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del acto administrativo, salvo, que de no proceder el juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

### 3.1.2.4. Contenido de la solicitud

La demanda o "solicitud" de cumplimiento podrá ser presentada en forma escrita o verbalmente. En este último caso, cuando el solicitante no sepa leer ni escribir, sea menor de edad o se encuentre en situación de extrema urgencia.

Cuando se presenta por escrito, la demanda de cumplimiento deberá contener los siguientes requisitos: 1. El nombre, identificación y lugar de residencia de la persona que instaura la acción (117). 2. La determinación de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo incumplido. Si la acción recae sobre acto administrativo, deberá adjuntarse copia del mismo. Tratándose de acto administrativo verbal, deberá anexarse prueba siquiera sumaria de su existencia. 3. Una narración de los hechos constitutivos del incumplimiento. 4. Determinación de la autoridad o particular incumplido. 5. Prueba de la renuencia, salvo cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda. Esta prueba consistirá en la demostración de haberle pedido directamente su cumplimiento a la autoridad respectiva. 6. Solicitud de pruebas y enunciación de las que pretendan hacer valer. 7. La manifestación que se entiende prestada bajo gravedad del juramento, de no haber presentado otra solicitud respecto a los mismos hechos o derechos ante ninguna otra autoridad.

Son competentes para conocer de las acciones de cumplimiento de leyes o actos administrativo en primera instancia los jueces administrativos con competencia en el domicilio del accionante. En segunda instancia será competente el Tribunal Administrativo del departamento al cual pertenezca el juzgado administrativo.

De las acciones de cumplimiento de que conozca el Consejo de Estado, serán resueltas por la sección o subsección de la Sala de lo contencioso administrativo de la cual haga parte el consejero a quien corresponda en reparto. Sin embargo, como advierte el párrafo transitorio del artículo 3º de la Ley citada, mientras entran en funcionamiento los jueces administrativos, la competencia en primera instancia se radicará en los tribunales contencioso administrativos y en la segunda en el Consejo de Estado.

### 3.1.2.5. Procedimiento preferencial y breve

El procedimiento en acción de cumplimiento de leyes o actos administrativos, lo estructuran unas fases normales y otras anormales o contingentes. Estas están permeadas por los siguientes directrices: a) Los términos son perentorios e improrrogables; b) La demanda puede ser por escrito o verbal; c) Las providencias se notificarán por estado que se fijará el día siguiente de proferidas y se comunicarán por vía telegráfica, salvo el auto admisorio de la demanda y la sentencia que se notificarán personalmente; d) Las providencias, salvo la sentencia carecen de recurso alguno. Contra el auto que niegue pruebas procede el recurso de reposición; e) El trámite de la acción de cumplimiento puede suspenderse hasta tanto no se profiera decisión definitiva, en el evento en que en un proceso de nulidad en curso se haya decretado la suspensión provisional del acto incumplido; f) El ejercicio de la acción de cumplimiento, no revivirá en ningún casos los términos para interponer las acciones de reparación de perjuicios; g) La acción de cumplimiento no tendrá fines indemnizatorios (118) y, h) Los aspectos no contemplados en Ley 393 de 1997, se regirán por el Código Contencioso administrativo en lo que sea compatible con la naturaleza de las acciones de cumplimiento.

Las fases del proceso breve y sumario son las siguientes:

**1. Iniciación: presentación de la demanda, recepción, admisión y/o rechazo.** Recibida la demanda de cumplimiento y sometida a reparto correspondiente que se realizará el mismo día y a la mayor brevedad, si funcionaren en el lugar varios despachos judiciales con competencia para tramitarla, se proseguirá así: el trámite de la acción de cumplimiento estará a cargo del juez, en turno riguroso y será sustanciada con prelación, para lo cual pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo la acción de tutela. Dentro de los tres días siguientes a la presentación de la demanda el juez competente decidirá sobre su admisión o rechazo. Si la demanda no reúne los requisitos de ley, prevendrá al solicitante para los corrija en el término de dos días, so pena de ser rechazada. Si no adjunta prueba del requisito de procedibilidad (artículo 8º *ibid*), el rechazo será *in limine*. Si la demanda es admitida, ordenará la notificación personal al demandado a quien se le entrega copia de la demanda y sus anexos dentro de los tres días siguientes a la admisión. Si no fuere posible el juez recurrirá a la comunicación telegráfica o cualquier otro medio que garantice el derecho de defensa.

**2. Desarrollo: Cumplimiento inmediato y/o decreto y práctica de pruebas.** El juez podrá ordenar el cumplimiento del deber omitido, prescindiendo de cualquier consideración formal, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se deducir una grave o inminente violación de un derecho por el incumplimiento del deber contenido en la ley o acto administrativo, salvo que en el término de traslado el demandado haya hecho uso de su derecho a pedir pruebas.

Si fuere pertinente y necesario, el juez podrá requerir informes al particular o a la autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud y en el caso de actuaciones administrativas pedir el expediente o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada en el envío de esas pruebas al juez acarreará responsabilidad disciplinaria. Y agrega

el artículo 17: El plazo para informar será de uno a cinco días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

**3. Terminación del proceso: Anticipada o normalmente mediante fallo: cumplimiento e impugnación.** Podrá terminar anormalmente y en forma anticipada el proceso, cuando la persona contra quien se hubiere dirigido la acción desarrollare la conducta requerida por la ley o el acto administrativo, se procederá a dar por terminado el trámite de la acción de cumplimiento, dictando un auto en el que se declarará tal circunstancia y se condenará en costas.

El fallo contiene lo siguiente: 1) La identificación del solicitante, 2) la determinación de la obligación incumplida, 3) la identificación de la autoridad de quien provenga el incumplimiento, 4) la orden a la autoridad renuente de cumplir el deber omitido, 5) Plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de 10 días hábiles, contados a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el fallo, 6) Orden a la autoridad de control pertinente de adelantar investigación del caso para efectos de responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del incumplido así lo exija, 7) Si hubiere lugar, la condena de costas.

En firme el fallo que ordene el cumplimiento del deber omitido (la inactividad por acción o por omisión de la autoridad o particular con función pública de hacer cumplir una ley o acto administrativo), la autoridad renuente deberá cumplirlo sin demora. Y agrega el artículo 25: Si no lo hiciera dentro del plazo definido en la sentencia, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasados 5 días ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que éstos cumplan la sentencia.

El fallo podrá ser impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación, por el solicitante, por la autoridad renuente o por el representante de la entidad a la que éste pertenece y por el defensor del pueblo.

Por disposición del artículo 26 *ibid*, la impugnación se concederá en el efecto suspensivo, salvo que la suspensión de cumplimiento del fallo genere un perjuicio irremediable del demandante.

### **3.1.2.6. Actos administrativos subjetivos en materia disciplinaria**

Por excepción y con carácter residual, serán objeto de la acción de cumplimiento los actos administrativos disciplinarios definitivos en firme que terminen normal o anormalmente en el proceso disciplinario, en los cuales la autoridad competente haya omitido el deber de cumplirlos a cabalidad y siempre y cuando el afectado no tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del acto administrativo (Constitucional, como la tutela o contencioso-administrativo: acción de nulidad y/o de nulidad y restablecimiento del derecho) y además que de no proceder el juez para su cumplimiento, “*se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante*” (artículo 9º Ley citada).

**3.1.3. La acción contencioso-administrativa de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. La suspensión de la eficacia del acto administrativo, como cautela administrativa.**

#### **3.1.3.1. Conceptualización de la nulidad de actos administrativos**

Anular un acto administrativo objetivo o subjetivo en el derecho colombiano, significa que previos la iniciación, desarrollo y terminación de un trámite procedimental ante las autoridades contencioso-administrativas (Jueces, Tribunales y Consejo de Estado, según las reglas de competencia y jurisdicción), se saca definitivamente del tránsito jurídico dicho acto y deja por tanto de producir efectos jurídicos materiales o procesales. No existe por tanto, la posibilidad de declarar la nulidad de un acto administrativo en vía administrativa, pues la propia Carta Colombiana de 1991 en el artículo 238 y antes que aquélla la fenecida Constitución de 1886, se ratificaba la declaratoria

jurisdiccional de la nulidad como la de la suspensión de la eficacia de los actos administrativos y en consecuencia excluía inequívocamente tal posibilidad a las autoridades estatales o particulares con funciones públicas en vía administrativa.

Concordantemente con la disposición constitucional, el Código Contencioso Administrativo, reglamenta, a partir del artículo 82 y siguientes, la nulidad de actos administrativos objetivos y subjetivos como una actividad exclusiva y excluyentemente judicial, a diferencia de otros países como en España, donde si es posible la declaratoria en vía administrativa de la nulidad de actos administrativos, bajo la figura de la “anulación” (119).

La jurisdicción contencioso administrativa colombiana juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones y los contratos administrativos (artículo 83 C.C.A.). En consecuencia, el Código contencioso administrativo establece también qué clase de actos administrativos son objeto de la declaratoria judicial de nulidad, cuáles son las causales que proceden para conseguir dicha declaratoria, qué actos administrativos son recurribles ante la vía contencioso administrativa previamente agotando la vía administrativa o “gubernativa”, qué jueces individuales o colegiados son competentes para conocer de la mencionada declaratoria, según las reglas de competencia funcional, territorial, de conexión o de la naturaleza jurídica del acto; en fin, todos aquellos extremos de forma y de fondo previos, concomitantes y posteriores a la impugnación judicial de los administrativos objetivos o subjetivos.

En nuestro derecho no cabe, ni por excepción la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, en vía administrativa por parte de los funcionarios, “autoridades” o personas privadas cuando unas y otras cumplan funciones públicas (artículo 1 C.C.A.). Pese a que sí es posible la revocatoria de los actos administrativos, que en muchas ocasiones se ha querido asimilar no solo en la configuración, desarrollo y efectos a la anulación de actos, o en no pocas veces se ha asimilado también las voces “anular” y “revocar” para indicar que con ambos términos se esta identificando una misma finalidad: la extinción o desaparecimiento jurídico con carácter definitivo de un acto administrativo.

### 3.1.3.2. Causales de nulidad de los actos objetivos y subjetivos

En nuestro derecho, *ab initio* los vicios extrínsecos en los que incurre un acto, tales como la defectuosa o irregular notificación y/o publicación de un acto administrativo no conducen a la declaratoria de nulidad por parte del órgano jurisdiccional especializado: la jurisdicción contencioso administrativa. Dichos vicios son subsanables en vía administrativa, bien a instancia de parte o de oficio por la autoridad emisora del acto e incluso por el superior jerárquico. La subsanación o corrección de la irregularidad o defecto, se puede hacer por mecanismos jurídico administrativos diferentes a la nulidad, tales como los recursos administrativos e incluso por a través de la revocatoria *ex officio* del funcionario emisor del acto, o a instancia de parte interesada. Excepcionalmente, estos vicios extrínsecos del acto pueden configurar uno o varios elementos determinantes para una causal de nulidad. Es el caso, de elementos, que aún siendo de forma, afectan a la esencia del acto, tales como las ritualidades que al omitirse desconocen derechos fundamentales como el debido proceso administrativo y consecuentemente el derecho a la defensa oportuna, real y garantista (artículo 29, constitucional), a favor del titular, interesado o administrado.

Por regla general, los vicios intrínsecos presentes desde el inicio, la instrucción, el desarrollo y la culminación o la terminación del procedimiento administrativo y que tiene por objeto la creación o configuración de un acto administrativo (objetivo o subjetivo), constituyen la base y fundamento de una o varias causales de nulidad del mismo.

*Marienhoff y Bielsa* (120), estudian las causales de nulidad jurisdiccional de los actos administrativos, con similares estructuras a las previstas en nuestro C.C.A., a partir de la clasificación de los vicios en los que puede incurrir el procedimiento administrativo creador de un acto administrativo, desde su inicio hasta su terminación. En efecto, manifiestan que los siguientes vicios: 1. Los atinentes a la expresión de la voluntad son: Error, ignorancia, violencia y dolo; 2. Los relativos a los elementos esenciales, son: a) En cuanto, a los sujetos son: su competencia y la

capacidad del funcionario y del administrado; b) Respecto de la causa: motivo; c) el contenido: objeto y las “formas; y e) La finalidad: Desviación de poder. 3. Los vicios atinentes a los elementos accidentales –o mejor contingentes, pues en cierta forma afectan el núcleo intrínseco del acto-- tenemos los siguientes: La Competencia y los requisitos para la legitimidad, tales como la voluntad generadora: error, fuerza y dolo; la formación del acto; la causa del acto; la forma del acto; y, la motivación del acto.

En el derecho colombiano, el ius-administrativista *Rodríguez* (121), plantea el estudio de las causales de nulidad del acto, abordando el análisis del “principio de la legalidad”, aclarando que éste es un principio teórico, un deber ser: que las autoridades sometan su actividad (incluido los actos) al ordenamiento jurídico. En la realidad, ese deber ser, es posible que la administración lo trasgreda o atente contra él, y por tanto, no someta su actividad a dicho ordenamiento. Se habla entonces de los actos y actividades ilegales de la administración. Aparece así la necesidad de establecer controles por parte del Estado, para evitar aquellas trasgresiones, o cuando menos se eviten, pero si no se logra aquello, entonces se implemente mecanismos para restablecerlo o evitar que continúen los efectos dañosos e incluso la forma para indemnizarlos si fuere del acaso. Todo ello en aras de prevenir, preservar y garantizar el “principio de la legalidad” de todo acto o actividad administrativa del Estado.

Con base en estos postulados el autor citado plantea la clasificación de las causales genéricas de nulidad del acto que coinciden con las que trae el artículo 84 del C.C.A., actualmente, pues existen otras específicas, por ejemplo, para actos electorales (artículo 223 *ibid*). La causal primera, es la que viola genéricamente ese principio de legalidad, y por ello se habla de actos ilegales. Pero a la par por esta actividad y actos ilegales, también se puede plantear formas de violar la una norma jurídica superior. Estas son las causales de ilegalidad o de anulación. Estas son: a) La incompetencia; b) Los vicios de forma y procedimiento; c) El desvío o desviación de poder; d) La ilegalidad en cuanto al objeto; y, e) La falsa motivación.

El artículo 84 del C.C.A., relaciona las siguientes causales de nulidad de los actos administrativos y que se pueden agrupar así: La violación del ordenamiento jurídico vigente (Constitución, Leyes, Decretos-leyes y actos administrativos) referido a la competencia del funcionario u organismo; a la forma irregular del acto, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; a la falsa motivación de los actos por inexistencia de los motivos o por inexistencia de los motivos invocados; y a la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los expidió.

### **3.1.3.3. Acciones contencioso administrativas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho**

#### **3.1.3.3.1. Acción contenciosa administrativa de nulidad**

La acción judicial de nulidad contra los actos administrativos (objetivos o subjetivos) puede ser incoada ante la jurisdicción contenciosa administrativa por “*toda persona*”, por sí, o por medio de representante, según lo dispone el artículo 84 del C.C.A. En tal virtud, una persona (natural o jurídica, a través de su representante legal o estatutario) esta habilitada presentar un memorial de demanda que reúna los requisitos del artículo 137 *ibid* y previa la demostración de estar incurso el acto impugnado en una de las causales de nulidad anteriormente comentadas podrá conseguir del juez especializado la declaratoria de nulidad del acto con lo cual lo saca del tránsito jurídico en forma definitiva y con efectos jurídicos materiales y procesales *erga omnes*.

Esta acción judicial tiene por finalidad la conservación del respecto y observancia en debida y legal forma del ordenamiento jurídico vigente y de cara al interés general o comunitario. Sin embargo, por excepción esta instaurada para proteger intereses particulares y legítimos, o derechos individuales de las personas. Quizá por el ello, se ha dicho que la acción de nulidad se ha institucionalizado en Colombia para demandar los actos objetivos o creadores de situaciones jurídicas abstractas e impersonales y cuando se va demandar actos subjetivos o creadores de situaciones jurídicas personales y concretas, deberá comprobarse que hay, como lo sostiene el C.

de E., Sección Primera, Auto 5484, Abril 22 de 1999 (122) *“un interés especial, 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”*. Igual interés particular con proyección a la sociedad, puede estar inmerso en un acto administrativo disciplinario producido en el ámbito de las entidades que prestan un servicio público educativo en cualquiera de sus niveles y con mayor razón en el de la educación superior o universitaria, donde las entidades autónomas pueden estructurar y organizar internamente las autoridades disciplinarias que controlan, vigilan y sancionan a los transgresores del ordenamiento jurídico vigente, mediante procesos administrativos en primera y segunda instancia y muy a pesar, del control disciplinario exógeno y preferente realizado por la Procuraduría General de la Nación. Aquí prima el servicio público de educación que pudiese verse involucrado en un acto disciplinario que el interés particular del sancionado o absuelto en un procedimiento disciplinario, máxime cuando éste proceso se inició por una falta disciplinaria que atenta los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, según el ordenamiento jurídico vigente nacional como internacional. En estos casos, excepcionales “toda persona” estaría legitimado para instaurar una acción de simple nulidad contra dichos actos.

### **3.1.3.3.2. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

La acción resarcitoria, como también se conoce a la de nulidad y restablecimiento del derecho se ha instaurado en Colombia para demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa, por regla general los actos de contenido jurídico individual, personal o subjetivo, por “toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica” y en consecuencia, *“podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá pedir que se le repare el daño (123)”*, según lo dispone el artículo 85 del C.C.A.

Esta acción judicial de intención y efectos jurídicos dobles, persigue la conservación y respeto del ordenamiento jurídico vigente y el resarcimiento (restablecimiento o reparación) del derecho lesionado o el daño producido. Por ello, la persona legitimada para impetrar o incoar una demanda basada en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, deberá probar que tiene un interés jurídico legítimo en la nulidad del acto administrativo impugnado o más aún que le asiste tal interés jurídico que de la nulidad depende terminar definitivamente con la vulneración, desconocimiento o trasgresión de un derecho previsto en el ordenamiento jurídico vigente y consecuentemente a dicha declaración judicial, se condene a una rama del poder público, organismo o entidad del Estado, o particular con funciones públicas que presta un servicio público, a la restauración del derecho lesionado o reparación del daño infringido.

La persona legitimada para demandar la acción dúplex de nulidad y restablecimiento del derecho deberá presentar una demanda que reúna los requisitos del artículo 137 del C.C.A., (124) y basa en una cualquiera de las causales de nulidad de los actos administrativos (violación del ordenamiento jurídico: por incompetencia, por emisión irregular del acto, por falsa motivación o por desviación de poder), ante la jurisdicción Contenciosa administrativa local y regional (jueces y tribunales administrativos) o la nacional (Consejo de Estado), según las reglas de la jurisdicción y competencia.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Auto 2339 de Noviembre 15 de 1990, enfatizó en la doble finalidad de la acción contenciosa prevista en el artículo 85 y manifestó: *“las dos acciones, caminos señalados por la ley colombiana como medios para hacer efectivo el control jurisdiccional de los actos administrativos (125) y para ejercer respecto de ellos, si es del caso, las sanciones típicas del principio de legalidad. Se asemejan ellas al denominado ‘recurso por exceso de poder’ (le recurs pour excès de pouvoir) que ha consagrado el derecho francés mediante creación jurisprudencia..., en cuanto atañe a pretender que se anule el acto administrativo en razón de una de las causales”* previstas en la ley.

Los actos administrativos disciplinarios de carácter subjetivo, tanto los conocidos como de trámite, preparatorios, de ejecución o definitivos, son pasibles de la acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho, una vez el procedimiento en el que se produjeron haya finalizado y éstos se encuentren en firme en única o segunda instancia. En efecto, los actos de trámite, preparatorios o de cumplimiento o de ejecución, serán demandables ante la jurisdicción especial, cuando formen parte indivisible de un acto administrativo definitivo que ponga término a un proceso en forma normal (por “fallo disciplinario”), o en forma anormal por cesación del procedimiento (artículo 73 de la Ley 734 de 2002), por exclusión de la responsabilidad disciplinaria (artículo 28, o por extinción de la acción disciplinaria (artículo 29), mediante decisión motivada final de archivo definitivo del proceso (artículo 164).

La unidad jurídica que forme la proposición completa para ser demandada ante la jurisdicción contenciosa administrativa de los actos de trámite, preparatorios, de cumplimiento o de ejecución conjunta e ineludiblemente con los actos disciplinarios definitivos no es divisible, pues sí esta se produce inmediatamente surgen los argumentos jurídicos de no ser judiciales los primeros separados de los segundos. En efecto, en principio los actos de trámite (v.gr. el acto de iniciación de la indagación disciplinaria o el de iniciación de la investigación disciplinaria o la decisión de cargos), preparatorios, de ejecución y cumplimiento, no son recurribles en vía administrativa (artículo 49 del C.C.A.) y por tanto, en éstos no se debe agotar la mencionada vía (artículos 62 y 63 ibidem) y de contera no cabe las acciones de nulidad ni la dúplex de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por excepción, el mismo artículo 49, establece la recurribilidad expresamente, “*en los casos previstos en norma expresa*”, es decir, que la ley especial y en la materia específica y pese a su naturaleza previa, concomitante o posterior al acto administrativo definitivo, podrá ser recurrido en vía administrativa y posteriormente en vía contenciosa administrativa, sí la ley lo permite. En tal eventualidad, el acto de trámite, preparatorio, de ejecución o cumplimiento será recurrible y justiciable mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento, previa agotamiento de la vía administrativa y la demostración de la causal y con los requisitos del artículo 137 del C.C.A.

A título de ejemplo, veamos como en vía administrativa disciplinaria, puede recurrirse en reposición la decisión que se pronuncia sobre la nulidad y la negación de la solicitud de copias o pruebas al investigado o su apoderado y en apelación la decisión que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos, según los artículos 110 y 115 de la Ley 734 de 2002. Sin embargo, sobre la recurribilidad en vía contenciosa administrativa de estos actos administrativos la mencionada ley guarda silencio, aunque no se descarta la vocación jurisdiccional cuando por subsunción de contenido se hallan inmersos o retomados en el acto o decisión definitiva o “fallo disciplinario”. Pero obviamente en este caso la justiciabilidad del acto de trámite o preparatorio es de carácter indirecto y por subsunción.

En forma directa son justiciables los actos de trámite o preparatorios, pese a no ser recurribles en vía administrativa, según lo ha ido develando la jurisprudencia constitucional, cuando con la expedición, ejecución o cumplimiento de dichos actos se vulnera o amenaza derechos fundamentales y no existe otro medio judicial para garantizar y protegerlos efectivamente. En efecto, como antes se analizó, cabe la acción de tutela (artículo 86 y Decreto-Ley 2591 de 1991), contra actos administrativos previstos en el artículo 49 del C.C.A, como por ejemplo, contra la decisión contentiva del pliego de cargos elevada al investigado en materia disciplinaria (artículo 163 de la Ley 734) considerado jurídicamente como un acto de trámite no recurrible en el ámbito administrativo (Autos de 5 de Mayo y Abril 25 de 1986, 3 de Junio de 1999 del C. de E.) y por tanto objeto de justiciabilidad ante la jurisdicción constitucional en tutela.

De otra parte, podrá demandarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa los actos administrativos de ejecución o de cumplimiento previstos en el artículo 49, cuando se hace conjuntamente con el acto administrativo definitivo previo y fundamento jurídico de aquellos. Estos actos posteriores al acto administrativo definitivo, se denominan así porque sirven para materializar o exteriorizar ejecutivamente o para hacer cumplir un acto definitivo. La existencia de unos y otros actos en el ámbito disciplinario es de capital importancia cuando ante la jurisdicción contenciosa

administrativa se hace referencia a la “*proposición jurídica completa*” que debe implementarla el actor o demandante de las decisiones disciplinarias definitivas que son desfavorables a sus intereses legítimos o derechos previstos en el ordenamiento jurídico vigente. La proposición jurídica es completa en estos casos, cuando además de anexas y demandar el acto definitivo (“fallo disciplinario”), debe hacerlo también del acto de ejecución o cumplimiento de la sanción disciplinaria, adoptada mediante una resolución o decisión administrativa homóloga.

En materia disciplinaria, son recurribles en vía administrativa las decisiones que ponen fin a un proceso disciplinario de única instancia en forma normal a través de la reposición el “fallo de única instancia” (artículo 110) y el de apelación contra el “fallo de primera instancia”, el “fallo absolutorio de primera instancia que interpone el quejoso”, y en forma anormal cuando termina con decisión motivada de “archivo definitivo que interpone el quejoso”, según los artículos 132, parágrafo del artículo 90 y 202 de la Ley 734. En tanto, no son recurribles en esta vía los actos o decisiones que ordenan cumplir y las que cumplen o ejecutan la decisión definitiva que impone la sanción o absolución respectiva (parágrafo del artículo 172 de la Ley citada). En tal virtud, no son recurribles en vía administrativa ni menos en vía contencioso administrativa los actos o decisiones de ejecución o cumplimiento.

Si embargo, la vocación jurisdiccional de estos actos administrativos ante la jurisdicción contenciosa administrativa en acción de nulidad y/o de nulidad y restablecimiento del derecho, se produce una vez se ha producido el acto administrativo definitivo que le sirve de sustento fáctico y jurídico y se encuentra en firme. En efecto, la proposición jurídica completa del acto definitivo con los actos posteriores de ejecución o de cumplimiento que son causa y consecuencia ineludibles, constituye uno de los requisitos de procedibilidad ante la justicia contenciosa administrativa, pues si no se ha implementado en legal forma por el actor o demandante, puede sobrevenir la inadmisión o, en su caso, el rechazo de la demanda por no haberse acompañado al acto definitivo impugnado “las constancias de su publicación, notificación o *ejecución*” (artículos 139 y 143 C.C.A.).

A título de ejemplo, citemos el caso de la decisión administrativa disciplinaria final o “fallo disciplinario sancionatorio” (acto definitivo) que una vez “ejecutoriado” (artículo 170 y parágrafo del artículo 172 Ley 734 de 2002), “el funcionario competente lo comunicará al funcionario que debe ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación” (acto ejecutivo). Los funcionarios disciplinarios competentes para ejecutar la decisión definitiva están expresa y taxativamente relacionados en el artículo 172, según la rama del poder público, organismo o entidad estatal o el ámbito del particular con funciones públicas. En este caso para cumplir con la proposición jurídica completa ante el contencioso administrativo en acción de nulidad y restablecimiento del derecho se deberá demandar el acto definitivo sancionador y el acto ejecutivo de la sanción.

### **3.1.3.3.3. La medida cautelar suspensoria disciplinaria en vía administrativa y en el proceso contencioso administrativo**

La suspensión del sueldo y cargo del servidor público o particular con funciones públicas, como medida cautelar se puede adoptar mediante decisión motivada en el proceso sancionador disciplinario en vía administrativa, tal como lo disponen los artículos 157 y 158 de la Ley 734 de 2002) y que ha sido objeto de estudio en otra parte de esta Obra(126), salvo lo que *ut infra* diremos al respecto. En cambio, la medida cautelar de la suspensión provisional del acto administrativo disciplinario impugnado (El acto definitivo que impone la sanción y el acto de ejecución o cumplimiento de la misma, como proposición jurídica completa) en la vía contencioso administrativa dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículos 84 y 85 y 152 a 159 del C.C.A.), adoptada por el juez administrativo en el auto admisorio de la demanda, tiene por finalidad asegurar el que el proceso judicial termine con sentencia, se suspendan provisionalmente los efectos jurídico materiales y procesales del acto impugnado y que resultan lesivos al actor o demandante de no procederse así y que se eviten daños y perjuicios materiales o sustantivos al afectado con el acto demandado. Pese a la diferencia palmaria de una y otra medida cautelar, las dos constituyen medios de

defensa y protección de derechos para la Administración Pública del Estado, como para el particular, administrado o servidor público o particular con funciones públicas, respectivamente.

La suspensión en materia disciplinaria como medida cautelar dentro del proceso administrativo disciplinario adoptada en la forma de suspensión del sueldo y cargo del servidor público o particular con funciones públicas que es investigado por faltas gravísimas o graves disciplinarias, a diferencia de la suspensión-sanción que se impone mediante una decisión motivada final o acto administrativo definitivo (“fallo disciplinario”), ésta se adopta en el proceso disciplinario mediante una decisión o acto administrativo *sui generis* de trámite en la forma y motivada en el contenido y efectos jurídicos, pero recurrible en vía administrativa, según se implemente en procesos de única o primera instancia. En efecto, contra la decisión que adopta (o “auto que decreta”) la cautela administrativa suspensoria en los procesos de única instancia, el disciplinado o los sujetos procesales con interés jurídico, podrán interponer el recurso de reposición; en tanto que en los procesos de primera instancia procede el grado de jurisdicción de la consulta en forma automática ante el “funcionario competente...sin perjuicio de su inmediato cumplimiento” (artículo 157 Incisos 2º y 3º de la Ley 734 de 2002).

El funcionario que conoce del proceso disciplinario y ha decretado la suspensión provisional del sueldo y cargo del investigado, deberá remitir de inmediato el expediente disciplinario al “superior, previa comunicación de la decisión al afectado”, según el inciso 4º del artículo 157 de la Ley citada.

Recibido el expediente, el superior dispondrá que permanezca en secretaría por el término de tres días, durante los cuales el disciplinado podrá presentar alegaciones en su favor, acompañadas de las pruebas en que las sustente. Vencido dicho término, se decidirá dentro de los diez días siguientes.

Cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada en cualquier momento por quien la profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia.

Cuando la investigación termine normalmente con decisión disciplinaria final o “fallo disciplinario” de carácter absolutorio, o termine anormalmente con decisión de archivo definitivo, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera instancia o única instancia, el suspendido provisionalmente de su sueldo y cargo, será reintegrado al cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, por disposición del artículo 158 de la Ley citada.

### **3.1.3.3.3.1. La suspensión de los actos disciplinarios como medida cautelar de carácter jurisdiccional**

#### **3.1.3.3.3.1.1. Conceptualización**

La suspensión de la eficacia (o la “*surcis á execution*”, del derecho francés) de los actos fue una de las instituciones jurídico-administrativa a la que se le dedicó especial interés por la Comisión redactora del Código de 1984 o C.C.A, siguiendo para ello el decurso legislativo del primer Código en la materia (Ley 167 de 1941) que le había dedicado ocho artículos al desarrollo de la institución, la jurisprudencia extranjera (francesa y española, principalmente) y nacional y los aportes de la doctrina especializada (*Vidal Perdomo, Libardo Rodríguez, Betancur Jaramillo*, entre muchos otros). La institución de la suspensión se erigió definitivamente como una medida cautelar de la eficacia o de los efectos del acto administrativo, previos la presentación y sustentación por escrito conjuntamente con la demanda o en escrito separado por la persona interesada o terceros intervinientes y por los motivos y con los requisitos previstos en la ley (artículos 152 y 207 del C.C.A.). La solicitud de la cautela suspensoria de los actos administrativos impugnados solo posible en el curso de un procedimiento contencioso administrativo de nulidad y resarcitorio o de nulidad y restablecimiento del derecho nulidad y por interpretación jurisprudencial reciente se extendería a los procesos contractuales cuando en ellos se controvierten actos administrativos de

la contratación, mal llamados antes de la ley 80 de 1993, como “actos separables” (C.E., Sección 3ª, Auto de Junio 25 de 1999).

Los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la suspensión como medida cautelar anterior y posteriormente al Código de 1984, se refirieron a la medida “suspensoria de los efectos del acto” (C.E., Secc. 3ª, Sentencia de Enero 30 de 1997), institución arbitrada exclusivamente en los procesos judiciales administrativos (C.E., Secc. 3ª, Sentencia Abril 7 de 1995) de anulación y de restablecimiento del derecho e incluso en los “contractuales cuando se demanda actos administrativos” que hacen parte de la contratación estatal (C.E., Auto de Junio 25 del 99) y con una clara finalidad de “inaplicar temporalmente un acto flagrantemente violatorio” del ordenamiento jurídico y de “evitar que se cause o se prolongue un perjuicio injustamente” irrogado a una persona (C.E., Secc., 2ª, Auto de Junio 3 de 1992).

La estructuración legislativa de 1984 sobre la suspensión como medida cautelar de la eficacia del acto en los procesos judiciales, se potenció con la jurisprudencia del Consejo de Estado y se fortaleció con reforma al C.C.A., de 1989, al corregirse varios desaciertos sobre la institución suspensoria (v.gr. eliminación de la suspensión en prevención procedente del derecho anglosajón (127), la extinción e improcedencia de la suspensión).

El Decreto 2304 de 1989 y la Ley 446 de 1998, reformatorios del C.C.A., se ocuparon de la suspensión como medida cautelar de un procedimiento contencioso administrativo en el mismo camino legislativo trazado desde 1941, continuado en 1984 y últimamente potenciado integralmente por estas dos últimas normas de 1989 y 1998, que se han preocupado por los derechos y deberes de los sujetos intervinientes en la cautela (el actor, los terceros intervinientes y la misma administración pública o personas privadas cuando una y otras cumplen funciones administrativas y actúan como demandantes. Artículos 152,149 y 207-5 *ibidem*); los requisitos de forma y fondo de la solicitud de suspensión y decreto de la medida por la jurisdicción mediante el auto de suspensión inmerso en el auto admisorio de la demanda, aun cuando haya operado su corrección o aclaración y siempre que no se haya pronunciado éste (artículos 152, 154, 155, 208 *ibidem*); los efectos y los recursos que proceden contra el auto que resuelve la suspensión en los procesos de única y primera instancia ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, respectivamente (artículos 143 Inciso 6º, 154, 155 *ibidem*); entre otros aspectos relevantes.

La suspensión es una institución jurídico administrativa que por principio cabe contra todos los actos administrativos, bien sean de naturaleza jurídica objetiva, subjetiva o mixta (actos-condición), o bien expresos o tácitos (artículo 238, constitucional; artículos 1, 82, 83, 152 a 159 del C.C.A.). Es obvio que es susceptible de suspensión todo acto que ha sido impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa, y por ello, resulta fútil como se dijo, que la Constitución en la parte final del artículo 238, elevara a requisito constitucional el que el acto potencialmente suspensivo debía ser susceptible de impugnación por vía judicial. Sin embargo, esta aclaración debió servir en otro momento de nuestra legislación colombiana, hoy derogada por el D.E., 2304 de 1989 (artículo 157 C.C.A.), cuando sí existían excepciones *numeros clausus* que excluían la suspensión de los actos, por ejemplo, en materia electoral, en situaciones varias de movilización de personal militar o educativo, en materia tributaria, y en acciones prescritas. Igualmente, pudo servir aquella prevención constitucional, cuando existió la mal llamada “suspensión provisional en prevención”, hoy derogada por el D.E. 2304 de 1989 (artículo 153 C.C.A.), contra los actos de trámite, ejecución o los preparatorios de supuestos actos definitivos que puedan resultar inconstitucionales o ilegales.

Hoy por hoy, como no existe ni las excepciones ni esta forma de suspensión *sui generis* del derecho procesal administrativo colombiano, podemos afirmar que la suspensión es procedente contra todo acto administrativo (incluidos por su puesto, los actos administrativos disciplinarios, conformando la proposición jurídica completa, anteriormente comentada) y sea cual fuere la acción utilizada: de nulidad, de nulidad o restablecimiento o excepcionalmente la contractual (artículos 84,85 y 87 C.C.A.).

### 3.1.3.3.1.2. Solicitud y trámite subsiguiente de la cautela suspensoria

La medida cautelar de cesación de la eficacia del acto cabe en toda aquella acción contencioso administrativa en las cuales se controvierta la validez, existencia o eficacia de un acto administrativo. Sin embargo, si se trata de la acción de nulidad, basta con demostrar la manifiesta violación del ordenamiento jurídico, tras la petición y sustentación de modo expreso de la trasgresión, puntualizando y dando el concepto de violación de las normas en forma breve pero precisa y *prima facie* de donde se deduzca por la simple comparación del acto impugnado y el ordenamiento jurídico que ha existido un quebrantamiento al ordenamiento jurídico. En cambio, si la acción elegida por motivos y razones personales y jurídicas, es la de nulidad y restablecimiento del derecho (acción resarcitoria), el actor de la solicitud, la adopción y la efectividad, deberá además de lo previsto para la acción de nulidad, deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado cause o podría causar al actor (artículo 152-2º y 3º C.C.A.).

Por ello, “constituye carga procesal del actor la de efectuar la debida escogencia de las disposiciones que, a su juicio, ofrecen las características que autorizan la suspensión provisoria y así indicarlás al juzgador, para que éste concentre su atención y análisis en ellas y tome la decisión que en derecho correspondiere” (C.E., Sección 5ª, Auto Julio 18 de 1990). “De no hacerse como quedó indicado la petición de suspensión provisional del acto administrativo no puede prosperar” (C.E., Sección 1ª, Auto Abril 27 de 1984)

La suspensión de actos administrativos en el derecho procesal administrativo colombiano es de naturaleza jurisdiccional, no sólo por predisposición constitucional (artículo 238), sino por desarrollo legislativo, el trámite procesal, recursos judiciales, las autoridades que la adoptan y efectivizan dentro de un proceso; así como también por los efectos jurídicos asegurativos y finalísticos que ella tiene. En cuanto al trámite procesal y recursos judiciales que proceden contra la decisión judicial de suspensión provisional del acto (“Auto” admisorio o inadmisorio de la cautela) adoptada por los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, en los respectivos procedimientos judiciales (de nulidad, nulidad y restablecimiento y/o contractuales donde se debaten actos) constituyen una tramitación especial, colegiada en la Sala, Sección o Sub-sección correspondiente y sometidos a precisos términos judiciales de notificación, comunicación, ejecutoriedad y recurribilidad.

El Juez colegiado contencioso administrativo al momento de admitir la demanda, se pronunciará expresamente sobre la solicitud de la medida cautelar suspensoria del acto administrativo impugnado y si considera se reúnen los requisitos previstos en los artículos 137 y 152 C.C.A., procederá a decretarla, o de lo contrario la inadmitirá motivadamente. Contra el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, procede el recurso de reposición. El auto que disponga la suspensión provisional se comunicará y cumplirá previa ejecutoria, según lo disponen los artículos 143 y 154 *in fine*.

En los Tribunales la solicitud de suspensión provisional debe resolverse por la respectiva Sala, Sección o subsección. En los procesos de única instancia, será recurrible la decisión de suspensión, sólo mediante reposición. En tanto que, en los procesos de primera instancia podrá recurrirse en apelación en el efecto suspensivo para ante el Consejo de Estado y la orden de suspensión se comunica y cumplirá, si fuere el caso, sólo cuando la decisión del superior quede ejecutoriada.

Aclara el inciso final del artículo 155 *ibid.*, que el recurso de apelación no suspenderá la tramitación del proceso ante el inferior, el cual actuará con la copia de las piezas correspondientes, cuyos originales se enviarán al Consejo de Estado. En todo caso, el Consejo de Estado decidirá de plano el recurso de apelación (128).

Esta ritualidad en la solicitud, adopción, ejecutoriedad y efectividad de la medida cautelar y el entorno procesal que encarna como “mini-proceso” dentro de otro gran proceso donde se cuestiona la validez y la eficacia del acto impugnado, ha generado posiciones doctrinales diversas en el derecho administrativo comparado, especialmente español, francés e italiano que aseguran la existencia y autonomía de un proceso cautelar de suspensión, aunque inmerso en el proceso contencioso ordinario que pone en tela de juicio la existencia del acto, y otros que negamos tal

autonomía, pese a su tramitación peculiar y específica de ese mini-proceso que no puede desprenderse del proceso principal ( la “*Pendente lite*”) (129).

### 3.1.3.3.1.3. Efectos jurídicos de la medida cautelar

Los efectos jurídicos de la suspensión como medida cautelar contencioso administrativa, son varios: 1) “*Impedir que un acto flagrantemente violatorio de la ley continúe surtiendo efectos en el tiempo y evitar que se cause o que se prolongue un perjuicio inferido injustamente*” (C.E., Sección 2ª, Auto Junio 3 de 1992).; 2) Suspender *pro tempore* la eficacia del acto o la ejecutoriedad u obligatoriedad mientras dure adoptada la medida y hasta cuando se dicte sentencia judicial de nulidad o no del acto administrativo. Si se declara la nulidad del acto la sentencia tendrá la virtualidad de cosa juzgada con efectos *erga omnes*. Si se niega la nulidad, la cosa juzgada sólo se producirá en la relación con la *causa petendi* juzgada. (artículos 66,152 y 175 C.C.A); 3) Como efectos jurídicos asegurativos, la medida cautelar propende por la terminación normal y efectiva del procedimiento jurisdiccional con sentencia, y como efectos finalísticos o teleológicos el que se frene o termine los perjuicios que cause el acto al actor o personas interesadas con la suspensión y/o nulidad del acto; 4) Los efectos jurídicos de la medida siempre son temporales y supeditados a un procedimiento judicial administrativo; 5) Los efectos jurídicos de la medida son *ex nunc* , no retroactivos, a diferencia de la declaratoria de nulidad cuyos efectos son *ex tunc*, rebasan a los efectos temporales de suspensión en esencia, forma y contenido; 6) Los efectos jurídicos de la suspensión no prejuzgan, ni apuran la esencia del quebrantamiento del ordenamiento jurídico, sino que exponen en forma breve, concisa pero de manera flagrante, de *prima visu* dicho quebrantamiento con carácter temporal. Solo la sentencia judicial del proceso expondrá en forma definitiva el quebrantamiento o no del ordenamiento jurídico por parte del acto impugnado, aun cuando previa y cautelarmente se lo haya suspendido por encontrarse en el análisis silogístico inicial (Premisa Mayor: Ordenamiento Jurídico; Premisa Menor: Acto impugnado; y, conclusión: viola o no el ordenamiento) que si trasgredía el ordenamiento jurídico manifiestamente.

### 3.1.3.3.1.4. Actos administrativos no susceptibles de medida cautelar

La regla general es, en tanto quepa las acciones contencioso administrativas de nulidad, nulidad y restablecimiento y contractuales contra actos administrativos previos, concomitantes y posteriores de carácter contractual, es factible solicitar y adoptarse la medida cautelar suspensoria de los actos administrativos en la jurisdicción contencioso administrativa, sea cual fuera su naturaleza jurídica (objetivos, subjetivos o mixto), o el ámbito jurídico en el se produzcan (disciplinarios, urbanísticos, tributarios, etc.) o la forma en que se exterioricen (Resoluciones, Decretos, “Autos” administrativos, “Decisiones administrativas definitivas” o “fallos disciplinarios”).

No serán objeto de aplicabilidad de la medida cautelar suspensoria, por no ser recurribles ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por regla general, los actos de trámite (v.gr. decisión o de pliego de cargos –C. de E., Secc. 1ª, Auto 124 de 1986), preparatorios, de ejecución o de cumplimiento (en materia disciplinaria, como se analizó *ut supra* en forma autónoma e independiente del acto definitivo disciplinaria no son judiciales) . Por excepción, podrán ser judiciales si la ley especial así lo prevé expresamente (artículo 49 C.C.A.), tal como lo hemos analizado anteriormente, al estudiar las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, tanto en forma directa como indirecta por subsunción con el acto administrativo definitivo y que en materia disciplinaria adquiere especial relevancia con la figura de la proposición jurídica completa de actos definitivos y de ejecución y de cumplimiento disciplinarios, como producto final de terminación normal y anormal del proceso respectivo.

Igualmente no serán judiciales ante lo contencioso administrativo los “Autos” y “Sentencias” proferidas en los procesos jurisdiccionales disciplinarios adelantados a los miembros de la rama judicial y a los abogados litigantes, pues la Constitución y la ley sostienen que son actos jurisdiccionales y no administrativos los expedidos por el Consejo Superior de la judicatura nacional y seccionales.

Así mismo, no son judiciales ante la jurisdicción especial, “las decisiones proferidas en juicios de policía” civil, penal, laboral y administrativa (artículo 82-3 C.C.A.), pese a tener naturaleza jurídica

“típicamente administrativa”, por regla general, y excepcionalmente “carácter jurisdiccional” y por tanto, “impone un criterio restrictivo en la interpretación reguladora de las mismas” en cada materia y clase de actuación jurídicas, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado (Sentencia 3130, Mayo 5 de 1995, Secc. 1ª del C.de E).

Por vía jurisprudencial, el Consejo de Estado Colombiano en Auto de Junio 3 de 1992 --discutible por cierto-- ha sostenido que la suspensión como medida cautelar no procede contra actos administrativos “ya consumados” como “el de retiro del servicio de un empleado (por que) es de aplicación inmediata y sus efectos no permanecen en el tiempo, toda vez que producida la remoción se cumple ipso facto el efecto querido por el acto”. Se llega a esa conclusión previamente a exaltar que la finalidad de la medida cautelar prevista en el artículo 152 del C.C.A., es “*la inaplicabilidad temporal del acto, es decir, impedir que un acto flagrantemente violatorio de la ley continúe surtiendo efectos en el tiempo y evitar que se cause o que se prolongue un perjuicio inferido injustificadamente*”.

Es discutible porque por principio general, en el derecho colombiano, la facultad de libre nombramiento y remoción esta excluida del control de constitucionalidad y legalidad ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 1º *in fine*, C.C.A.). Por excepción, esta facultad discrecional de los servidores públicos es objeto de la jurisdicción administrativa, cuando el acto administrativo de “remoción” puede estar incurso en una cualquier de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 *ibid.*, y si lleva aparejado un perjuicio de interés particular para el actor puede reclamar su conculcación por intermedio de la acción resarcitoria del artículo 85 *id.* Si esto es así “todo acto” desde que sea acusable ante la jurisdicción contencioso administrativa es susceptible de la medida cautelar, salvo que expresamente la ley diga que no es revisable por la jurisdicción, tal como sucede con los casos previstos en los artículos 1º y 82 *ibidem.*, y como consecuencia lógica, no serán objeto de suspensión de su eficacia. Pronunciarse en contra del predicamento legal como lo hace el Consejo en esta oportunidad constituye cuando menos en una actividad denegatoria de justicia y de falta de coherencia hermenéutica sobre el artículo 238, constitucional en conexión con el artículo 152 del C.C.A., que predispone la justiciabilidad de todo acto administrativo, calificado como tal y por ende, potencialmente objeto de suspensión si se dan los motivos y requisitos previstos en el ordenamiento jurídico vigente.

### **3.2. La acción contencioso-administrativa de reparación directa contra hechos, vías de hecho y operaciones administrativas presente en el ámbito disciplinario. En particular, la responsabilidad del Estado por daño antijurídico**

#### **3.2.1. Ideas preliminares**

Cuando una persona o administrado ha recibido un daño o perjuicio como consecuencia de de una actividad del Estado que no esté plasmada en un acto administrativo, tales como los denominados hechos, vías de hecho, operaciones administrativas o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o “*por cualquiera otra causa*” (130), según el artículo 86 del C.C.A., queda habilitado para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a demandar mediante la acción de reparación directa, el resarcimiento del derecho vulnerado, conculcado o desconocido.

Está también legitimada para incoar esta acción de reparación, las entidades públicas, cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o exservidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

No será necesario en uno y otro caso, ni agotar la vía administrativa, por que no existe acto administrativo previo que impugnar, ni tampoco es necesario acudir previamente a las autoridades administrativas, servidores públicos o particulares con funciones públicas para obtener pronunciamiento alguno sobre los hechos, vías de hecho, operaciones administrativas u ocupaciones temporales o definitivas que han originado un daño o perjuicio al actor o demandante

en acción de reparación ante la jurisdicción especializada. En definitiva no existe ningún tipo de instrumento jurídico de procedibilidad de la acción de reparación directa.

La conciliación judicial o extrajudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos jurídicos, vigente hoy por hoy en materia administrativa y particularmente en las acciones de reparación directa, por disposición del artículo 59 de la Ley 446 de 1998 y reiterado por el artículo 37 de la Ley 640 de 2002, si bien es un instrumento expedito para solventar controversias jurídicas entre los particulares y el Estado o entre personas jurídicas pertenecientes al Estado, no debe confundirse ni erigirse con un requisito de procedibilidad de la acción de reparación directa, que hoy inexistente en materia administrativa, *contrario sensu* a otras áreas del derecho.

“La acción de reparación directa es la típica de responsabilidad extracontractual, derivada de la actividad de la administración, cuyo fundamento legal (por constitucional) se encuentra en el artículo 90 de la Carta Política, y que se genera cuando un hecho, una omisión, o una operación administrativa se afecta el patrimonio particular, que comprende tanto la ordinaria, como la especial o de indemnización por trabajos públicos. La distinción de estos dos tipos de responsabilidad tiene importancia por cuanto la responsabilidad ordinaria, comúnmente denominada falla del servicio, admite la exoneración de responsabilidad de la Entidad por la existencia de la fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero; en cambio, la responsabilidad por trabajos públicos es objetiva y no admite de exoneración de la Entidad” (130bis).

### 3.2.2. Elementos de la responsabilidad del Estado

Ahora bien, se debe hacer énfasis en todo régimen de responsabilidad estatal por falla del servicio, en los elementos que la conforman de cara a establecer los límites, estructuración y efectos jurídicos materiales y procesales. Estos son: 1. La Actividad del Estado; 2. El daño o perjuicio causado a una persona o a sus bienes; y 3. El nexo causal entre la actividad estatal: hechos, vías de hecho, operaciones administrativas (por acción u omisión) y el daño o perjuicio.

1. La actividad de una cualquiera de las ramas del poder público, organismo o entidad del estado, o del particular con funciones públicas o en la prestación de un servicio público. La actividad estatal o del particular por excepción (por hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones) debe ser irregular y puede traducirse en dolo o culpa, falta o falla del servicio.

Sin embargo, la responsabilidad del estado, hoy por hoy, no sólo está basada en la irregularidad, la ilegalidad o la antijuridicidad de la conducta del agente o de la “administración pública del Estado”, sino en la antijuridicidad del daño, prevista en el artículo 90, constitucional, en el sentido de que el sujeto que sufre este último, no tiene el deber público de soportarlo.

En efecto, el artículo 90 de la Carta Colombia, es la fuente de toda clase de responsabilidad estatal (contractual o extracontractual, objetiva o subjetiva, etc.), tal como lo ha expuesto el Consejo de Estado en varios pronunciamientos (C.de E., Secc. 3ª, Sentencia 6784 de 1991, Sentencia 8118 de 1995, Sentencia 7310 de 1994, etc). La norma constitucional sostiene que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción de las autoridades públicas. Agrega la norma, que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra ésta.

Esta fuente de fuentes de la responsabilidad es lo que se conoce en la jurisprudencia del Consejo de Estado y ratificada por la Corte Constitucional, como la “*cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado*”, que “*en el actual mandato constitucional es no solo imperativo –ya que ordena al Estado responder– sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública... Obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros*

*ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo esos regímenes quisieron ser englobados por el constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional, ...en el fondo el daño antijurídico es aquel se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado” (Sentencia C-333-96, Agosto 1º).*

En la actualidad se reconocen doctrinalmente las siguientes clasificaciones de la responsabilidad del Estado y de los servidores del Estado, según el iusadministrativista *Rodríguez* (131): 1. La responsabilidad por daño especial (sin culpa u objetiva, casuística y excepcional. Hoy fundamento en los casos de daños por actos terroristas); 2. Responsabilidad por riesgo (no exige falla o culpa. Se aplica en actividades peligrosas: energía, armas, vehículos. También actos terroristas contra dependencias de la fuerza pública); 3. Responsabilidad por trabajos públicos (Objetiva. Daños por obras públicas o por ocupación de bienes por trabajos públicos); 4. Responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra (Objetiva sin culpa); 5. Responsabilidad por almacenaje (Objetiva de la administración. Bodegas oficiales); 6. Responsabilidad por falla presunta del servicio (régimen especial de responsabilidad objetiva. Se aplica en actividades peligrosas o actividades donde se presume la responsabilidad, p.e., la presunción de culpa en la actividad médica); 7. Responsabilidad por la administración de justicia (por error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad (132)); 8. Responsabilidad por hechos de las leyes; y, 9. Responsabilidad de los servidores públicos: a) Frente a los administrados (falta o culpa personal por fuera del ejercicio de la función o por culpas intencionales); b) Frente a la administración (Los funcionarios son responsables por los daños causados por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad de la administración. Acumulación de responsabilidades entre administración y funcionarios. Artículos 77 y 78 del C.C.A.).

Así mismo, dentro de ésta última categoría de responsabilidad, el autor citado, relaciona la responsabilidad de los servidores públicos en general y la de los empleados y funcionarios de la rama judicial. En la primera se destaca, como la Ley 678 de 2001, reguló la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, basado en los siguientes lineamientos: a) Responsabilidad para servidores y exservidores públicos y particulares que realicen funciones públicas; b) Esta responsabilidad puede determinarse en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición; c) La repetición se ejerce como resultado de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente en donde el Estado haya tenido que indemnizar, bien por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto; d) La acción de repetición es de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa (133).

2. El daño o perjuicio ocasionado a la persona o a sus bienes. Este segundo elemento de la responsabilidad del Estado hace relación a la “lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que el padecimiento moral que la acongoja” (134), o “el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor, o a las aflicciones legítimas (daño moral)”(135). Ese daño para que tenga relevancia jurídica y genere responsabilidad por parte de la entidad del Estado deber ser en términos de *Rodríguez* (136) cierto o real (lesión efectiva de un derecho: presente y futuro real, se excluye los futuros eventuales); especial (sufrido y reclamado por la persona o personas en concreto); anormal (exceda el normal funcionamiento del servicio); que se refiera a una situación jurídicamente protegida; y que sea antijurídico, es decir, que quien lo sufra no tiene el deber jurídico de soportarlo (artículo 90, constitucional).

3. Nexo de causalidad entre la actuación del Estado, en las circunstancias, características y condiciones antes señaladas y el daño o perjuicio causado a las personas o a los bienes. Es decir, que el daño imputable al Estado debe ser el efecto o consecuencia inequívoca de la mencionada actuación estatal o la de sus agentes (137).

*“Para que exista esa relación de causalidad, el hecho o la actuación debe ser actual o próxima, debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho daño” (138).*

### **3.2.3. Manifestaciones de la actuación administrativa y la de sus agentes**

Existen actuaciones del Estado que no necesariamente se concretan en actos administrativos, tales como los hechos, vías de hecho y operaciones administrativas. Como son estas las que atacan mediante la acción de reparación directa por actuaciones de la administración o la de sus agentes o de ambos, según el artículo 86 del C.C.A., realicemos un breve análisis (139).

### 3.2.3.1. Hechos administrativos

El derogado artículo 83-3, del decreto 01/84, definía a los hechos administrativos como: *"los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia"*.

Entre la definición de acto y hecho administrativo, que suministraba el legislador del 1984, en el propio C.C.A., se tenía que las diferencias de las dos figuras jurídico-administrativas se concretaba en su forma de configuración: Mientras que para el acto administrativo eran las denominadas "conductas y las abstenciones", es decir, las modalidades con las que actuaba el ser humano y su consecuente proyección jurídica o efectos causados, lo determinante. Para los hechos administrativos, en cambio, lo determinante eran "los acontecimientos y las omisiones", vale decir, que la actividad humana podía o no ser indispensable en la ocurrencia de la figura jurídica administrativa. En lo que eran similares una y otra figuras eran que ambas producían efectos jurídicos, pero en el acto administrativo se requiere que haya una relación de causalidad directa e indirecta del ser humano, en cambio en el hecho, no se requiere tal relación causal.

En los hechos administrativos se requiere que produzcan efectos jurídicos (los simplemente materiales son intrascendentes al mundo jurídico administrativo (140)), a fin de que genere una responsabilidad del Estado con todas sus consecuencias.

En el hecho administrativo, lo importante es la no intervención de la voluntad en forma directa, o dicho de otra manera: El hecho administrativo esta configurado por la falta de prudencia, diligencia, cuidado o pericia, y en manera alguna interviene la voluntad ni menos es determinante del insuceso. Sin embargo, si es causa primaria o generadora de la responsabilidad por culpa aquiliana del Estado. Para que se configure plenamente esta responsabilidad deben reunirse los siguientes elementos: a) Existencia del "hecho", que puede ser falla, falta o riesgo en el servicio; b) Daño o perjuicio sufrido por el actor; c) Relación de causalidad entre el primero y el segundo.

En C.C.A., desde 1984 sufrió dos reformas respecto al hecho administrativo: La primera se operó en 1989, con el Decreto-ley 2304, cuando se eliminó la asimilación e integración del hecho administrativo en el acto administrativo por considerarlo anti-técnico y generador de confusión legislativa, doctrinal y jurisprudencial y abandonó definitivamente las definiciones cerradas de las figuras jurídico-administrativas, entre ellas, la de acto y hecho administrativo. La segunda reforma, acaeció con la expedición de la Ley 446 de 1998, artículo 31, que ratificó los cambios legislativos de 1989 y reformó el ámbito competencial de la acción de reparación directa, única vía judicial contencioso-administrativa para demandar los hechos de la administración pública o estatal.

Ante la eliminación de las definiciones de las figuras jurídico-administrativas de tipo legislativo, y en particular de hecho administrativo, a partir de 1989, en el ámbito colombiano se viene aceptando la construcción conceptual de ésta y de todas las instituciones jurídico-públicas vertidas tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, como máximas autoridades judiciales de lo contencioso-administrativo y el ámbito constitucional. Estas autoridades, a su vez, han recogido las posiciones doctrinales nacionales y colombianas, sobre el hecho administrativo. Quizá por esta razón son válidas aún las conceptualizaciones doctrinales que se tenía sobre el hecho y que hemos relacionado someramente.

El ius-administrativista colombiano, *Jaime Santofimio* (141), resume, analiza y actualiza las posturas doctrinales y jurisprudenciales, sobre el hecho administrativo de la siguiente forma: "Los hechos administrativos son aquellos fenómenos, situaciones y acontecimientos con entidad propia, independientes de la voluntad de la administración, que producen efectos jurídicos respecto de ella. Cualquier acontecer producido por fenómenos físicos, por la interrelación entre la naturaleza y hombre (involuntario) o la sola intervención del hombre (involuntaria), es un hecho que adquirirá

connotaciones jurídicas, si vincula a las entidades públicas o crea, como comúnmente se dice, relaciones jurídico-administrativas. En los hechos administrativos no es la voluntad de la administración el elemento determinante del mismo; el querer de la administración no actúa directamente. A pesar de que es la actividad administrativa el medio para la producción del hecho, es evidente que éste se produce, aunque no sea deseado. Si bien es cierto que hacemos referencia a la voluntad de la administración como no determinante, la discusión se hace interesante cuando es la voluntad del sujeto intérprete de la voluntad estatal, la que protagoniza el acontecer que vincula a la administración. Como en el caso del soldado que resuelve, con el arma de dotación, quitarle la vida a su enemigo. O del Alcalde que emite la orden de demoler un edificio sin el agotamiento de los procedimientos legales. En estos casos estamos ante evidentes operaciones administrativas que procesalmente reciben un tratamiento similar al hecho. Lo determinante del hecho, insisto, es la falta de voluntariedad tanto del sujeto como de la administración”

### 3.2.3.2. La operación Administrativa

La Operación administrativa, como antes se dijo es otra de las figuras jurídico-administrativa que al igual que los hechos se asimilaron e integraron en el concepto de acto administrativo en vigencia del derogado artículo 83 del C.C.A., de 1984. Sin embargo, la asimilación del legislador 84 --creemos-- no tocaba fondo jurídico administrativo en el tratamiento de las figuras asimiladas, sino que simplemente se hacía desde una óptica académica de presentación en un mismo artículo todas las actuaciones de la administración pública o estatal. Pero aún desde esta visión académica, el artículo resultaba anti-técnico por que de aquella integración deducía efectos jurídicos idénticos de tratamiento jurídico y de impugnación en sede administrativa y contenciosa administrativa.

En efecto, aún académicamente resultaba inadecuada la asimilación, pues mientras que el acto administrativo es el producto de la voluntad directa de la administración, la operación administrativa es la ejecución material necesaria e indefectible de un acto administrativo previo y sin la existencia del cual no puede nacer a la vida jurídica la operación administrativa. Siendo el acto administrativo lo principal y la operación administrativa lo accesorio, cabe el aforismo latino que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, jamás viceversa.

En la actualidad, el C.de E., entiende que la operación administrativa “no es otra cosa que un conjunto de actuaciones administrativas o hechos tendientes a la ejecución de una decisión administrativa. Excepcionalmente la doctrina ha aceptado también la figura de la operación frente a actuaciones administrativas fallidas o que se dejan sin culminación. Así mismo puede darse la misma figura cuando la administración, por ejemplo, luego de iniciar una etapa licitatoria o de concurso no la culmina por las vías legales, cuales son el auto de adjudicación o de la declaratoria de deserción. (C.E., Sección 3ª , Sentencia de Diciembre 12 de 1996).

De otra parte, tampoco se puede asimilar el hecho administrativo a la operación administrativa, por cuanto el hecho se genera en circunstancias en donde no interviene la voluntad en forma directa; en cambio, la operación administrativa, es una consecuencia de un actuar de la administración, pero supeditado a un hecho generador previo: El Acto Administrativo.

El Consejo de Estado en 1961, al acercarse a una concepción unificadora de la operación administrativa ha manifestado: “... que la operación administrativa no es más que una decisión no exteriorizada, seguida de los actos materiales de ejecución”. Más recientemente, el C. de E., en Auto de Enero 23 de 1997, de la Sección 3ª, cualifica la anterior conceptualización de operación administrativa desde el punto de vista de la impugnabilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, se tiene que la acción procedente cuando se demanda una operación administrativa es la de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A, y no la de nulidad y restablecimiento del derecho que es la viable cuando se demanda una lesión, daño o agravio causado con base en un acto administrativo, según los artículos 84 y 85 del C.C.A. La confusión estriba según el Consejo de Estado en la “errónea interpretación que se le está dando a la figura de la operación administrativa, la cual en el derecho colombiano, en unas hipótesis, se tiene como

*el conjunto de hechos de ejecución de un acto o decisión administrativa, que permite o justifica, cuando causa daños, una acción de reparación directa; y en otras, que comportan un acto administrativo, y que admiten el ejercicio de una acción de nulidad y restablecimiento”.*

Como sostiene *Santofimio* (142), la jurisprudencia colombiana ha profundizado sobre el estudio de la operación administrativa, hasta tal punto que hoy podemos distinguir entre dos tipos de operaciones, partiendo de si el acto, al que se pretende dar cumplimiento, es expreso o tácito. De tal suerte que la operación dependerá de un acto escrito, en el primer caso; o dependerá de un acto no escrito o ficto (mal llamado “presunto”, según el artículo 135 del C.C.A.).

### **3.2.3.3. Las vías de hecho**

Es ilustrativo y ejemplarizante el concepto de vías de hecho, que el profesor francés *George Vedel* (143), suministra al diferenciar el acto y la operación administrativa. En efecto, manifiesta que el concepto de vías de hecho es uno de los más sutiles del Derecho administrativo francés y es accesible a partir de las consideraciones siguientes: Un acto administrativo o una operación administrativa, no pierden su carácter administrativo aunque sean irregulares; en consecuencia, si un particular quiere obtener la anulación de un acto irregular u obtener una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de dicho acto, debe dirigirse al Juez administrativo. Sin embargo, en ciertos casos la irregularidad es tan grave o tan evidente que el acto no es atribuible, ni siquiera en virtud de un vínculo dudoso, a la acción constitucional de los órganos estatales. Se dice entonces que hay vías de hecho, expresión concebida para designar el acto objeto de análisis a un puro hecho que no puede ni siquiera de modo erróneo pretender juridicidad, a partir de ahí, ya no es posible aplicar el principio de separación de autoridades administrativas y judicial ya que el acto ha perdido incluso, su carácter de Acto Administrativo. Ya no hay "actividad pública".

En este mismo sentido se expresa los profesores hispanos *García y Fernández* (144), al asimilar las "coacciones ilegítimas" a las vías de hecho. En efecto, manifiesta: "La legitimidad del empleo de la coacción depende de la existencia de una cobertura suficiente, si tal cobertura no existe si la cadena de la legitimidad (norma habilitante acto previo ejecución material) se rompe totalmente, el empleo de la coacción administrativa constituye una vía de hecho indigna de toda protección. En tales supuestos, la Administración Pública queda privada de los privilegios que acompañan al ejercicio de sus poderes y, concretamente, del privilegio de que los jueces y Tribunales no puedan interferir en su actuación. En otras palabras, la vía de hecho, que, en los términos clásicos de *Laferriere*, comporta '*une sortie de pouvoirs de L'Adminiatration*' (desprendimiento de los poderes de la Administración), lleva consigo la reducción de ésta a la misma condición jurídica de las personas privadas, de forma que sus actuaciones podrán ser controladas no sólo por los Tribunales de la Jurisdicción contenciosa administrativa y a través de los medios del Derecho Administrativo sino también por los Tribunales Ordinarios y mediante los procedimientos del Derecho Común..."

El concepto de la vía de hecho es una construcción del Derecho francés en el que tradicionalmente se distinguen dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece ("*Manque de droit*") o lo haya hecho sin observar los procedimientos establecidos por la norma que la ha atribuye poder "*Manque de Procedure*".

En el derecho colombiano, siguiendo los planteamientos de *Vedel* y de *García de Enterría*, se han conceptualizado las vías de hecho, a partir de dos hipótesis fundamentales: 1. Cuando la administración obra en ejercicio de un supuesto derecho (una especie de apariencia de derecho o *fumus boni iuris*), que efectivamente no lo tiene ("*Manque de droit*" de los franceses). En este caso, la ausencia debe ser total del derecho, pues si hay un asomo de derecho, o si hay un principio de poder, como dice el Consejo de Estado colombiano (Sentencia de Octubre 28 de 1976), estaremos ante un "exceso de poder" y no ante una vía de hecho; y 2. Cuando la administración actúa en ejercicio de un derecho que efectivamente tiene, pero obra con ausencia total del procedimiento (El "*Manque de Procedure*", de los franceses) que debe utilizar para crear, modificar o extinguir una situación jurídica, o aplica un procedimiento diferente al previsto por el ordenamiento jurídico vigente, estamos ante una vía de hecho. Si existe una irregularidad procedimental, según el

Consejo de Estado, no habrá vías de hecho, sino una “falla” que en nuestro criterio es subsanable en el mismo procedimiento que se produjo por acción u omisión.

#### **3.2.4. Demanda y trámite judicial de la acción de reparación directa**

Está legitimado para incoar la acción de reparación directa, según el artículo 86, constitucional “la persona interesada que haya sufrido un daño” material, moral, fisiológico o psicológico (145), “cuando la causa se un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”. Acción que se presenta ante la jurisdicción contencioso administrativa y por excepción a la jurisdicción ordinaria en dos eventos: a) Cuando los hechos u omisiones sean atribuibles a las Empresas Industriales y comerciales del Estado; y b) En el caso de las Empresas de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994).

Están legitimados por tanto, tanto la víctima que ha sufrido el daño, como sus herederos. La Falta de legitimación, como lo sostiene el autor citado (146), no da lugar a que se dicte sentencia inhibitoria, pues no tiene que ver con ningún presupuesto formal de la demanda, sino con un presupuesto material de la sentencia y ante su ausencia, el juez debe decidir de fondo, absolviendo al demandado.

El *libello demandatorio* o demanda de reparación directa debe reunir como toda acción contenciosa administrativa los requisitos previstos en el artículo 137 del C.C.A., obviamente con algunas aclaraciones puntuales por la naturaleza jurídica de la acción ideada para controvertir hechos, vías de hecho y operaciones de la Administración del Estado o de sus agentes o de los particulares cuando configuran una especie de “responsabilidad solidaria” al producir un hecho dañoso (aquí por el fuero de atracción, se demandará ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa al servidor público y el particular, pese a que éste último debía ser demandado ante la Jurisdicción Ordinaria (147)).

Igualmente, la acción fue creada a partir de 1998 (Ley 446), cuando el propio Estado sea condenado a pagar indemnizaciones por sus actuaciones devenidas de hechos, vías de hecho, operaciones administrativas o por conciliaciones originadas en culpa grave o dolo de un servidor o exservidor público, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

El numeral 4º del artículo 137 del C.C.A, exige como requisito de la debida demanda, la relación de “*los fundamentos de derecho de las pretensiones*” que en la acción de reparación directa son dos: a) La declaratoria de la responsabilidad administrativa de la rama del poder, organismo o entidad del Estado o del particular con función o servicio público; y b) La condena de las mentadas entidades a reconocer las indemnizaciones por los daños o perjuicios materiales, morales y de afectación, según procedan.

Los fundamentos jurídicos, que comportan no solo la relación de normas violadas sino el concepto de la violación, cuando se impugna un acto administrativo deben aparecer en la elaboración de toda demanda ante el contencioso administrativo, salvo que “*se advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, o cuando dicho Juez advierta incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el artículo 4º de la Constitución*” (Sentencia C-197-99). En cambio, cuando se impugna hechos, vías de hecho y operaciones administrativas, no es de la esencia ni de la forma de la demanda contenciosa de reparación directa la mentada fundamentación jurídica cuanto sí los hechos y las pruebas que la sustentan. El Consejo de Estado ha sostenido en diversas ocasiones, “*que son los hechos probados los que imponen la decisión del juez y no la fundamentación jurídica expuesta. Gana así el principio iura novit curia* (dadme los hechos que yo os daré el derecho o *da mihi factum, dabo tibi ius*) *toda su extensión y efectividad*” (C. de E., Secc. 4ª, Sentencia 8019, Diciembre 14 de 1993; Ratificada en cuanto al principio del iura novit curia en la Sentencia de Sala Plena de Febrero 14 de 1995).

La acción de reparación en cuanto al término de caducidad (148), éste no es intemporal como sucede en la acción de simple nulidad. En efecto, ésta caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa (artículo 136-8 del C.C.A.). Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa del delito de desaparición forzosa, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición (Ley 589 de 2000, artículo 7º que adicionó un inciso al artículo y numeral citados).

El procedimiento judicial que se adelanta para la acción contenciosa administrativa de reparación directa es el previsto para el proceso ordinario en los artículos 206 a 214 del C.C.A., es decir, con una etapa de *litis contestatio* (Demanda, Auto admisorio, término de fijación en lista del negocio y contestación a la demanda y proposición de incidentes procesales, como el de excepciones y los especiales del artículo 217 *ibid*), etapa de pruebas (Decreto de las solicitadas por demandante y demandado, y las que de oficio decreta el juez administrativo. Práctica de las pruebas en el período ordinario y el de prórroga); etapa de alegaciones (de los sujetos procesales); y, etapa de juzgamiento o sentencia (providencia judicial de primera instancia). Finalmente, la Segunda instancia ante el Consejo de Estado.

Además este proceso ordinario, cuenta con unas previsiones especiales establecidas en los artículos 217 a 220 *ibidem*, a favor de la parte demandada quien podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvencción, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción administrativa.

### **3.2.5. La acción de reparación directa en el ámbito disciplinario**

Si bien es cierto, que la acción dúplex de nulidad y restablecimiento del derecho es la típica acción de responsabilidad del Estado, cuando se está ante la expedición de un acto administrativo subjetivo o ante un acto condición o mixto (porque reconoce en su contenido una situación jurídica personal dentro de una forma de acto objetivo) que es impugnante ante la jurisdicción contenciosa administrativa por estar incurrido en una de las causales de nulidad previstas en el artículo 85 del C.C.A., tal como lo ha confirmado en varias oportunidades la Sección 3ª del C. de E. (v.gr. Sentencia de Octubre 24 de 1994); no es menos cierto, que la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 es la típica acción de responsabilidad del estado cuando su origen se encuentra en un hecho, vías de hecho, operaciones administrativas u en la ocupación temporal o permanente de un inmueble por trabajos públicos o cualquier otra causa; así como contra toda *“declaración administrativa o judicial de la ilegalidad de los actos, revocatoria o nulidad respectivamente; pues esas declaratorias reconocen la anomalía administrativa”* (C. de E., Secc. 3ª, Auto de 19 de Abril de 2001)

Una y otra acción contenciosa administrativa son ideales para reclamar responsabilidad del Estado, por actuaciones de sus agentes o de la misma Administración Pública del Estado (entendido en el sentido lato que venimos manejando a lo largo de esta Obra; es decir, una cualquiera de las ramas del poder público, organismos, entidades autónomas o particulares con función o servicio público), en las condiciones, características y por las causales previstas en el ordenamiento jurídico vigente.

A continuación, haremos mención a algunas eventualidades legales y jurisprudenciales en las que procede la acción de reparación directa en materia disciplinaria, sin que sea un listado *numerus clausus*.

#### **3.2.5.1. Acción de reparación por vías de hecho**

En el ámbito disciplinario las autoridades administrativas en sus decisiones definitivas de única, primera y segunda instancia, pueden incurrir en vías de hecho que perfectamente son impugnables

ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción de reparación directa, sin perjuicio que también quepa la acción de tutela cuando se demuestre que la decisión disciplinaria final vulnera o amenace un derecho fundamental constitucional y no exista otro medio judicial de protección y defensa que cumpla igual o superior cometido de defensabilidad de derechos. Pero obviamente esta opción es excepcional y en cuanto al reconocimiento e indemnización de daños y perjuicios en forma integral recibidos por las vías de hecho de la Administración Pública del Estado o los particulares con función o servicio públicos, de menor entidad y valor que si se ejerciera la acción de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa por las mismas mencionadas vías de hecho.

Cierto es, que en materia disciplinaria jurisdiccional ejercida por el Estado y en particular, por la potestad sancionadora disciplinaria en cabeza de los Consejos Nacional, Regional y Seccionales de la Judicatura respecto de los funcionarios de la rama judicial y los abogados litigantes, en la actualidad un alto porcentaje de decisiones jurisdiccionales disciplinarias (“sentencias disciplinarias”) son impugnadas por vías de hecho en acción de tutela (149). Es la regla general, ante la no existencia posterior de un recurso o acción judicial que proteja o defienda los derechos constitucionales del sancionado disciplinariamente. En cambio, en los procesos administrativos disciplinarios como en el que hemos tratado en esta Obra, las acciones contencioso administrativas de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, son los medios judiciales normales para controvertir los actos o decisiones administrativas de todo tipo que se produzcan en una cualquiera de las etapas del proceso, como antes hemos visto. Por excepción, también cabe la acción de tutela y de cumplimiento contra actos disciplinarios, como mecanismos idóneos para proteger y defender los derechos constitucionales del afectado o disciplinado.

Por ello en esta clase de procesos disciplinarios por vía excepcionalísima jurisdiccional, podrá ejercitarse la acción de reparación directa por vías de hecho contra las decisiones disciplinarias proferidas por las autoridades de control endógeno o exógeno disciplinarias, en las condiciones, características y por las causales que a continuación analizaremos.

En materia administrativa, las vías de hecho se estructuran en dos grandes grupos: a) Por ausencia total de un derecho que faculta o confiere potestad a una autoridad para ejercerla o aplicarla, y b) Por ausencia total del procedimiento utilizado para cumplir los fines previstos en el ordenamiento jurídico vigente.

En el primer caso, se presente cuando Administración Pública del Estado o el particular con función o servicio públicos, obra en ejercicio de un supuesto derecho, que efectivamente no lo tiene, nos encontramos frente a unas vías de hecho, por ausencia total del derecho. Si esa ausencia de derecho es parcial, existe un asomo de derecho o hay un principio de poder, como lo sostiene el Consejo de Estado (Sentencia de Octubre 28 de 1976), estaremos ante un “exceso de poder” y no ante una vía de hecho. Desde el punto de vista de la impugnabilidad jurisdiccional, las primeras se harían mediante la acción de reparación directa (artículo 86 *ibid*), en tanto las segundas, se incoarían mediante la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 *ibid*).

Dentro de esta causal de vías de hecho, cabrían todas las eventualidades que pudiesen presentarse en materia disciplinaria, cuando las autoridades de control endógeno o control exógeno, no les asiste potestad sancionadora disciplinaria sobre determinados servidores públicos o particulares con función y servicio públicos, pues el ordenamiento jurídico en el que ellos se apoyan no existe por derogación legislativa o revocación administrativa, por declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucional (De Actos legislativos, Leyes, Decretos-leyes o Decretos-legislativos) o Consejo de Estado y Tribunales Administrativos (de actos administrativos nacionales, regionales o locales, respectivamente), etc.; o bien el ordenamiento jurídico vigente, en su aplicabilidad e interpretación al caso concreto se cometen errores de hecho o de derecho o su interpretación es indebida, ilegal o dolosa.

En el segundo grupo, se presentarán las vías de hecho cuando la administración Pública del Estado o los particulares con función o servicio públicos, actúan en ejercicio de un derecho que

efectivamente tiene, pero que obra con ausencia total del procedimiento (El "Manque de Procedure", de los franceses), sin las etapas o fases que deben utilizarse para crear, modificar o extinguir una situación jurídica, a través de una decisión disciplinaria que ponga término al proceso en forma normal o anormalmente, o bien cuando se aplica un procedimiento diferente al previsto por el ordenamiento jurídico vigente, o bien cuando se desconoce el derecho constitucional del debido proceso administrativo disciplinario. En estos eventos nos encontramos ante vías de hecho.

Si solamente existe una irregularidad procedimental, según el Consejo de Estado, no habrá vías de hecho, sino una "falla" que en nuestro criterio es subsanable en el mismo procedimiento que se produjo por acción o omisión, pero que en tratándose del proceso administrativo disciplinario, si "*la irregularidad es sustancial*" y afecta al derecho de defensa del disciplinado, no cabrá tal subsanación o ni la convalidación, en los términos y con la aplicabilidad de los principios establecidos en el artículo 310 del C.P.P. (artículo 143-3 y parágrafo de la Ley 734 de 2002). La decisión disciplinaria final en firme que se profiera con la existencia de una irregularidad sustancial no subsanable o no convalidable en su momento procesal oportuno, podrá ser impugnada en la vía contencioso administrativa mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La ausencia total o esencial del procedimiento disciplinario significará vías de hecho, que pudieran presentarse por adelantarse un proceso disciplinario diferente al previsto en el ordenamiento jurídico vigente, por ejemplo, adelantar un proceso verbal disciplinaria cuando no existe los requisitos establecidos por el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 para hacerlo, pues el disciplinado no ha sido sorprendido en *in flagrante* falta disciplinaria, o no es uno de los tipos disciplinarios relacionados taxativamente como constitutivos de faltas gravísimas previstas en el artículo 48 de la Ley citada. Igual resulta adelantar un proceso ordinario disciplinario, cuando la ley citada impone que sea a través del trámite del proceso verbal. En estos casos adelantar un proceso disciplinario diferente al previsto en la normatividad vigente constituye vías de hecho.

Igualmente, habrá vías de hecho palmarias, si con la sola queja, denuncia o informe de autoridad competente, se inicia y termina, a la vez, con decisión sancionadora final (o "fallo disciplinario"), sin seguir procedimiento alguno y sin observar el elemental trámite de audiencia y defensa para el disciplinado que constitucionalmente se impone en todo proceso administrativo y judicial, y sobre todo cuando, en materia sancionadora donde "nadie puede ser condenado sin ser antes oído y vencido en juicio" (artículo 29 constitucional). En este caso, se impone una especie de "sanción de plano" que está proscrito en el derecho sancionador disciplinario universal e incluso elevado a derecho esencial del "imputado" disciplinariamente en el derecho ibérico, como "*derecho al procedimiento: rechazo de las sanciones de plano*" (150).

También, habrá vías de hecho cuando se desconoce el principio constitucional del "*debido proceso público sin dilaciones injustificadas*", inmerso en el artículo 29, constitucional. En efecto, cuando los procedimientos disciplinarios superan de forma ilegal, indebida e injusta los plazos establecidos para cada fase del proceso (de indagación preliminar, de investigación disciplinaria, de pruebas, de juzgamiento, etc., que en la ley 734 de 2002, están previstos expresamente. Términos que son normas de interés público e irrenunciables para la Administración pública y los disciplinados), o para su sustanciación como también para la preparación, trámite y motivación de las decisiones disciplinarias que coadyuvan al correcto desarrollo y desenvolvimiento del proceso hasta llevarlo a su terminación y éstas son imputables a la Administración Pública del Estado y no al disciplinado, nos encontraremos ante vías de hecho, pues como bien lo afirma la doctrina ibérica, cuando se va a expedir un pliego de cargos o se va imponer un sanción disciplinaria en un proceso debe tener sentido el derecho fundamental del debido proceso "*sin dilaciones indebidas...cumpliendo de ese modo con los principios de seguridad jurídica, igualdad de las partes en litigio, la necesidad de la celeridad y eficacia del procedimiento, evitando demoras no razonables y la consiguiente indefensión para el funcionario expedientado, circunstancia que sin duda provoca un daño al interés público por la pérdida de los efectos disuasorios y de prevención inherente a la sanción punitiva*"(151).

Se desconoce también y en forma flagrante el debido proceso disciplinario, cuando se vulnera el principio constitucional de prohibición de la *reformatio in pejus* por parte de la autoridad

competente disciplinaria para conocer y resolver el recurso de apelación contra las decisiones disciplinarias finales o “fallos disciplinarios” sancionadores en firme, en tanto no sean impugnados por alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos previstas en el artículo 84 del C.C.A., en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, bien porque se consideró que no se estructuraba conforme a derecho alguna de dichas causales o bien porque ha operado el fenómeno procesal breve de caducidad de la acción (4 meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso y el artículo 136-1 C.C.A.), se podrá incoar la acción de reparación directa que tiene un plazo de caducidad mayor (dos años) al de la acción dúplex o resarcitoria del artículo 85 ibid, que igual finalidad de reclamo de la responsabilidad estatal tienen, aunque el origen para impetrarlas sea, como en realidad lo es, diferente.

### **3.2.5.2. Acción de reparación por acto ilegalmente revocado o nulidad en vía administrativa o en vía jurisdiccional**

En el ámbito de la potestad sancionadora disciplinaria del Estado, como sabemos se producen procedimientos, trámites y actuaciones que preparan, definen, ejecutan y proponen el cumplimiento de aquellas, por autoridades diferentes de las que lo hicieron en el proceso inicial de única o de primera instancia. En todas estas etapas del proceso administrativo disciplinario, se producen un sinnúmero de actos o decisiones administrativas de trámite, preparatorios, de ejecución y cumplimiento y definitivas o finales. Cada uno de esos actos potencialmente pasibles de acción contenciosa administrativa de simple nulidad (artículo 84 C.C.A.), pero también de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 ibid), siempre y cuando se presenten las condiciones, circunstancias, causales de nulidad de los actos y requisitos arbitrados para cada una de las acciones contenciosa administrativas.

Sin embargo, el Consejo de Estado colombiano ha venido sosteniendo en varias providencias, y en particular en el auto de Abril 19 de 2001, que la *“acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo ilegal revocado en sede administrativa, cuando la parte afectada ha solicitado su desaparecimiento o por vía gubernativa o mediante revocatoria directa como mecanismo de control de la actuación administrativa”*. En consecuencia, lo procedente en esta clase de actos administrativos, que por principio deben ser impugnados mediante la acción resarcitoria o dúplex de nulidad y restablecimiento del derecho, jurisprudencialmente se ha aceptado sean controvertidos por la acción de reparación directa, *“como consecuencia de la solicitud de responsabilidad extracontractual (acción reparatoria) fundada en el reconocimiento administrativo de su propia falta; este reconocimiento administrativo, se repite, como acto jurídico que es se presume legal y veraz”,* pues debe *“tenerse en cuenta que la revocatoria administrativa como expresión del control de legalidad de los actos propios de la administración se manifiesta en un acto jurídico administrativo; el cual se presume legal”*.

### **3.2.5.3. Acción de reparación por omisiones administrativas**

El artículo 86 del C.C.A., habilita a la persona interesada para poder demandar directamente la reparación del daño, entre otras causas, cuando se origina en una omisión, es decir, en una actividad de no hacer por activa o por pasiva de la Administración Pública del Estado, vale decir en una “inactividad” de aquélla.

La inactividad debe distinguirse, según el tratadista ibérico *Entrena Cuesta* (152), entre la inactividad material y la inactividad formal de la administración. La primera alude a un *“no hacer de ésta, en el marco de sus competencias ordinarias, mientras que la segunda se refiere a la pasividad de la administración, dentro de un procedimiento, a la no contestación de una petición a los particulares. Aplicando principios propios de la doctrina penal, que considera útiles, expresa que, como ocurre con los tipos de omisión pura, en los eventos de inactividad formal basta con el incumplimiento de la obligación de dictar una resolución dentro de los plazos previstos, para que exista responsabilidad, y cuando se trata de inactividad material, como sucede con todos los tipos de comisión por omisión, se requiere además la no evitación del resultado. En este último caso se exige, entonces, que la administración se encuentre en posición de garante, que se ha producido*

*un resultado lesivo y que existiera la posibilidad de evitarlo, mediante la conducta omitida, lo que supone una concepción diferente de la relación de causalidad". En efecto, "como en el caso de la comisión por omisión, lo decisivo en la responsabilidad por inactividad material no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino sólo la virtualidad causal de la acción, que hubiera debido realizarse para evitar los perjuicios. Por lo que para exista la obligación de indemnizar no se requiere una verdadera relación de causalidad naturalística entre la omisión y el daño, sino que basta que la administración hubiera podido evitarlo cuando se hallaba en posición de garante".*

En el ámbito disciplinario es de plena aplicación y efectos jurídicos la inactividad material y la formal de la Administración Pública del Estado, *ut supra* transcritas por cuanto las actividades de no hacer, tanto afectan a las competencias generales devenidas de la potestad sancionadora disciplinaria, como a las típicas omisiones funcionales obligadas a cumplir hacia el interior de cada procedimiento, trámite o diligencia de carácter administrativo disciplinario. La inactividad afecta tanto la titularidad de la potestad sancionadora disciplinaria del Estado, como la función o el deber que tiene la autoridad disciplinaria frente a la capacidad y legitimidad para iniciar, desarrollar y terminar un procedimiento cuyo conocimiento y resolución han sido entregados no por disposición o discrecionalidad del superior jerárquico en los procesos de control interno o endógeno, o por el Procurador General de la Nación en el casos de los procesos de control externo o exógeno disciplinario, sino por disposición reglada del ordenamiento jurídico vigente. En tal virtud, cuando la autoridad competente disciplinaria omite cumplir su deber funcional de verter en un proceso todas las facultades inherentes a la potestad sancionadora disciplinaria, a parte de las responsabilidades de carácter subjetivo o personal de tipo penal, civil o disciplinaria, le compete a él en solidaridad con la administración pública del Estado una responsabilidad aún mayor, cual es la responsabilidad estatal por omisión de sus competencias y funciones públicas.

La ley 734 de 2002, se refiere a la omisión en varias de sus normas con fines y efectos jurídicos diferentes. En efecto, se habla de la omisión como un deber de no hacer por parte de todo servidor público en las funciones encomendadas por el ordenamiento jurídico, al decir que debe cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función (artículo 34-2).

Desde otro punto de vista, la omisión se toma como una de las formas posibles de comisión de una conducta disciplinaria, al sostener el artículo 27 *ibid*, las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Fundados en esta premisa la mencionada ley estructura como una de las faltas gravísimas disciplinarias, la de Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurra en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental (artículo 48-30). En este sentido también es falta gravísima de los notarios en el que se tiene en cuenta la omisión como forma de comisión de la falta, la prevista en el artículo 61-5.

También como factor de competencia se toma la omisión, al sostener el artículo 75, que los particulares como sujetos disciplinables lo serán exclusivamente por parte de la Procuraduría General de la Nación, salvo en el caso de los notarios cuyo régimen especial se aplicará por la Superintendencia de Notariado y Registro como órgano de control disciplinario especial de aquellos, sin perjuicio del poder preferente disciplinaria de la Procuraduría.

Finalmente, se hace mención especial a la omisión como factor de corrección, aclaración y adición de las decisiones disciplinarias finales o "fallos". En efecto, en los casos de error aritmético, o en el nombre o identidad del investigado, de la entidad o fuerza donde labora o laboraba, o en la denominación del cargo o función que ocupa u ocupaba, o de *omisión sustancial en la parte resolutive del fallo*, éste debe ser corregido, aclarado o adicionado, según el caso, de oficio o a petición de parte, por el mismo funcionario que lo profirió.

De esta relación podemos sacar las siguientes conclusiones: a) El servidor público puede estar incurso por acción o por omisión en la suspensión o perturbación de un servicio público esencial, o en el abuso indebido de su cargo o función. En este último aspecto, en la emisión de decisiones administrativas disciplinarias, y en particular de la más importante de aquellas: la “omisión sustancial en la parte resolutoria del fallo” disciplinario. En este caso, la ley citada propone una solución procesal, cual es la corrección aclaración o adición de la decisión; y, b) El particular con funciones o servicio público puede estar incurso por acción u omisión en la comisión de faltas disciplinarias.

Esta actividad omisiva del servidor público cuando realiza funciones de control endógeno o exógeno disciplinario debe observarse no sólo desde el punto de vista jurídico procesal, sino elevarla al rango constitucional, pues es principio fundamental de la responsabilidad de los servidores públicos el que éstos, deban responder a la sociedad y el Estado no sólo por la vulneración o quebrantamiento del ordenamiento jurídico vigente, sino por la acción, omisión y extralimitación de funciones públicas (artículo 6 y 124, constitucionales). En tal virtud, las autoridades disciplinarias si incumplen sus deberes funcionales constitucionales y legales en ejercicio de su potestad sancionadora disciplinaria, además de los remedios procesales internos dispuestos por la Ley General Disciplinaria colombiana para subsanar las decisiones disciplinarias, deben estar dispuestos a enfrentar una acción de reparación directa por sus actividades expresadas en actos ilegalmente revocados o anulados en sede administrativa o jurisdiccional y por las actividades omisivas activas como pasivas en incumplimiento de sus competencias y deberes disciplinantes.

---

### Citas Bibliográficas

- (\*) **Hemos propuesto a la Universidad de Nariño, la creación del Defensor Universitario, como mecanismo idóneo para la defensa de los derechos constitucionales, legales y reglamentarios de los docentes, pero también de los estudiantes e incluso personal administrativo no docente. En éste portal, se concreta la [propuesta aquí](#)**
- (99) RIASCOS GOMEZ, Libardo O. *El Defensor de los derechos y las libertades públicas en el municipio Colombiano*. En: Revista de la Escuela Superior de Administración Pública. ESAP-CINAP. Memorias del segundo encuentro nacional sobre Desarrollos Administrativos aplicados al municipio colombiano. Bogotá, Noviembre 23 a 25 de 1988, p. 33 y 142 a 148
- (100) RIASCOS GOMEZ, Libardo. *EL derecho a la intimidad, la visión iusinformática y los delitos relativos a los datos personales*. Tesis doctoral *Excel.lent Cum Laude*, Universidad de Lleida (España), 1997, p.95-99.
- (101) PINEDA DE MARTINEZ, Rosa. *Derecho Disciplinario*. Ed. Librería Ediciones del profesional, Ltda., Bogotá, 2ª ed., 2004, p. 266
- (102) MAURINO, Alberto. *Las nulidades procesales*. Citado por VILLEGAS, O. *El proceso disciplinario*. 2ª ed., Bogotá, 2004, p. 387
- (103) *El Agente del Ministerio Público en Sentencia C-181-2002*, manifestó: “El funcionario comisionado tiene funciones meramente instructoras, que comprenden el decreto y práctica de pruebas, teniendo en cuenta que la competencia para conocer y fallar se encuentra radicada únicamente en las autoridades que indican los artículos 76 y 78 del estatuto en referencia, a quienes les corresponde, como ya se anotó, la adopción de las decisiones de fondo dentro del proceso, verbigracia, la apertura de la investigación disciplinaria, la formulación de los cargos, y el fallo”.
- (104) Sobre el particular, *el Agente del Ministerio Público*, manifestó: “dado que el funcionario comisionado es un “delegado” del funcionario de conocimiento, en él no recae el requisito de la competencia y por lo tanto la nulidad procesal se predica únicamente de la incompetencia del funcionario de conocimiento quien decide de fondo durante todas las etapas procesales y finalmente procede a fallar”.
- (105) VILLEGAS, O., Ob.ut supra cit. p. 401 a 404
- (106) O., Ob.ut supra cit. p. 412
- (107) RIASCOS G., L.O., *El derecho a la intimidad....* Ob., ut supra cit. p. 97
- (108) RIASCOS G., L.O., *El Defensor de los derechos...* Ob., ut supra cit.,p. 143 a 148.
- (109) GORDILLO, Agustín. *Problemas del control de la administración pública en América Latina*. Ed. Civitas, Madrid, 1981, págs. 125 y ss.

- (110) AGUILAR VEGA, C. Marcos. **La Defensoría de los derechos universitarios**. Tesis de Grado de licenciado en derecho, Universidad Autónoma de Querétaro. En: <http://www.uaq.mx/novedades/>
- (111) Pues a nivel de educación básica y media, existe el “*Personero de los Estudiantes*”, con limitadísimas funciones a favor de uno de los estamentos del ámbito escolar o colegiado: los discentes, según la Ley 115 de 1994, artículo 94.
- (112) A título de ejemplo, la Violación de la prohibición constitucional y legal de la *reformatio in pejus* en sanciones disciplinarias, cuando se den los requisitos de forma y fondo previstos en la Sentencia de Tutela T-400-1996, Agosto 22. Por vías de hecho y vulneración del debido proceso, “cuando la conducta del agente (de la autoridad pública) carece de fundamento objetivo, obedece a una sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona” (**T-079-93, Feb.26**).
- (113) Es un acto administrativo de trámite no recurrible ante la vía contencioso-administrativa (Autos de 5 de Mayo y Abril 25 de 1986 y Auto 3 de Junio de 1999). Nosotros hemos dicho de naturaleza jurídica administrativa sui generis, pues en la forma es de trámite pero en el contenido es motivado y susceptible de vulnerar o amenazar derechos fundamentales y por tanto tutelable (SU-201-1994), cuando “*puedan conculcar o amenazar los derechos fundamentales de una persona, en cuyo caso, sería procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo*” (**Corte Constitucional, Sentencia T-88-2005**).
- (114) Cuando no se trata de actos administrativos de contenido general sino subjetivo o concreto, la jurisprudencia ha admitido que, con miras a lograr su efectividad, el legislador está facultado para señalar otros mecanismos judiciales diferentes a la acción de cumplimiento. Es decir, en este caso no es inconstitucional que se prevean mecanismos diferentes a la referida acción, a los cuales pueda acudir la persona interesada en su cumplimiento. Sobre el particular ha afirmado: “Por el contrario, cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado “*un perjuicio grave e inminente*”. En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo” (**Sentencia C-638-2000**).
- (115) Mediante **Sentencia C-1194-2001**, los términos en negrillas y cursiva fueron declarados inexecutable
- (116) “El fenómeno deberá suscitarse, a juicio de la Sala, cuando sucedan dos requisitos: que el asunto esté aún en primera instancia y no se haya dictado sentencia y que haya evidencia de la violación o de la amenaza de un derecho fundamental. El primer requisito se fundamenta en la necesidad de salvaguardar el debido proceso, que incluye el rechazo a las dos instancias, razón por la cual solo el juez de primera instancia (tribunal administrativo), mientras entran en funcionamiento los jueces administrativos, tiene la competencia funcional para imprimirle “a la solicitud” el trámite correspondiente al derecho de tutela, como confusamente dice la ley 393. El segundo requisito mira hacia el fondo de la controversia en cuanto que de los hechos esgrimidos para intentar de manera errada la acción de cumplimiento, debe sufrir la evidencia de que el actor se le ha violado o se le amenaza violar un derecho fundamental que amerite su protección por vía de tutela”.
- (117) Es sujeto activo de la acción de cumplimiento “toda persona”, expresión que “*compreensiva tanto de las personas naturales como de las jurídicas y, dentro de éstas, las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado. Por su parte los servidores públicos pueden también interponer dicha acción, bien a nombre propio o a nombre de las entidades respecto de las cuales actúan como representantes legales*” (**Sentencia C-638-2000**). En consecuencia, estos sujetos deberán en la demanda identificar y determinarse en forma inequívoca con sus generales de ley.
- (118) *El objeto de la acción de cumplimiento es hacer efectivos la ley o el acto administrativo. Por lo tanto, el legislador no estaba obligado a configurar una acción de cumplimiento cuyo objeto cobijara la pretensión de indemnización de perjuicios. La naturaleza de la acción de cumplimiento la aleja de aquellas que se revisten de un carácter declarativo de derechos. Lo que el constituyente quiso fue establecer un mecanismo para hacer efectivos mandatos o derechos expresamente consagrados en la ley o en el acto administrativo anterior, sobre los cuales no existe discusión o incertidumbre* (**Sentencia C-638-2000**).
- (119) RIASCOS G..L.O., **El Acto y el procedimiento...** Ob.ut supra cit., p.117-223

- (120) Citados por LARGACHA MARTINEZ, Miguel y POSSE VELÁSQUEZ, Daniel. **Causales de anulación de los actos administrativos**. Ediciones Doctrina y ley, Bogotá, 1988, p. 55
- (121) RODRÍGUEZ, Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. Ed. Temis, Bogotá, 7ª edición, p. 213 a 216.
- (122) En este pronunciamiento judicial, se relaciona a título de ejemplo, creemos no taxativos, los actos administrativos subjetivos que son objeto de la acción de simple nulidad según el artículo 84 del C.C.A.. Estos son: a) Los actos electorales; b) Los relativos al proceso de solicitud y entrega de cartas de naturalización, o de patentes, los de certificados de dibujos o modelos industriales y los de marcas; y, c) Los actos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente.
- (123) Si bien la acción contenciosa administrativa de reparación directa, prevista en el artículo 86 del C.C.A., persigue en este punto igual finalidad a la del artículo 85 ibid, debe aclararse que la reparación del daño de esta acción en este caso se origina no en un acto administrativo, sino en un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa. En este mismo sentido, **la Sentencia 23707, Mayo 15 de 2003 de la Sección Tercera del C. de E.**
- (124) Los requisitos son: 1. Designación de las partes y de sus representantes. 2. lo que se demanda. 3. los hechos u omisiones que sirven de fundamento de la acción. 4. los fundamentos de derecho de las pretensiones. *‘cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación’*. 5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer; y 6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia. La demanda contenciosa dúplex (artículo 85) es extremadamente formalista y mucho más exigente en el requisito de la cita de “fundamentos jurídicos y concepto de la violación” que en la acción de simple nulidad (artículo 84). Sin embargo, la Corte en Sentencia C-197-1999, al sostener la exequibilidad condicionada de este requisito manifestó (transcrito en cursiva y entre comillas): que “si se advierte la violación de un derecho fundamental de aplicación inmediata, deberá procederse a su protección, aún cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente cuando el juez advierta incompatibilidad entre la Constitución y una norma tiene la obligación de aplicar el artículo 4º de la Constitución.
- (125) El control jurisdiccional del ordenamiento jurídico colombiano en nuestro país, por el objeto y fines desplegado es difuso y se encuentra en Cabeza de la Corte Constitucional, sobre Actos legislativos, leyes y decretos leyes o legislativos (la jurisdicción constitucional) y del Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y en cuando entren en funcionamiento de los jueces administrativos, sobre actos administrativos de ámbito nacional, regional y local, respectivamente (la jurisdicción contencioso administrativa). Sobre el particular una reciente Sentencia 5683, Marzo 4 de 2003 de la Sala Contencioso Administrativa del C.E.
- (127) VIDAL P., Jaime. **Derecho Administrativo**. 11ª ed., Ed. Temis, Bogotá, p. 323. Esta pretendía suspender actos de trámites, preparatorios o de ejecución que tiendan a crear un acto definitivo que pudiera ser inconstitucional o ilegal, cuando contra éstos no proceda recurso alguno. Todo se planteaba desde un plano hipotético y futurista, de ahí su inconsistencia legal.
- (126) En el aparte 3.8.3.1.2.4., del capítulo II de la Parte II y luego en el aparte 3.3.5.4.4., del Capítulo I de la Parte III, nos hemos referido con amplitud a la suspensión del sueldo y cargo del disciplinado como medida cautelar sui generis del proceso disciplinario en la etapa de la investigación y juzgamiento, tanto de la suspensión original, la prorrogada, como la contabilidad de la medida cautelar suspensoria en parte o totalidad de la sanción impuesta en el proceso disciplinaria, sí procede imponérsele esta clase de sanción disciplinaria como única o conjuntamente con la de inhabilidad (parágrafo del artículo 157 Ley 734 de 2002). En el derecho sancionador disciplinario, que recomienda o revocar definitivamente decisión de suspensión adoptada como cautela, si la decisión final es la absoluta; o caso contrario, convertirla por subsunción en parte o la totalidad del tiempo de la sanción disciplinaria, si la impuesta fuere de suspensión.
- (128) Este efecto suspensivo *sui generis* de la apelación contra el auto que resuelve la suspensión del acto administrativo, es concordante con el efecto suspensivo de todo auto en materia civil (a diferencia de los efectos del recurso contra sentencias donde si se suspende la competencia del inferior hasta cuando decida el superior. Artículo 354 del C.P.C.), donde no se suspende la competencia del juez inferior, salvo que el proceso se encuentre en estado de proferir sentencia donde si se suspende la competencia. Este efecto suspensivo sui generis, en sus consecuencias es parecido al efecto diferido del recurso de apelación, donde si suspende el cumplimiento de la providencia recurrida, pero no la competencia del inferior para seguir conociendo del asunto, salvo en lo que no dependa necesariamente de ella. Ahora bien, como el superior jerárquico tiene que resolver el recurso de apelación de “plano” (artículo 155 in fine id), la jurisprudencia ha explicado que dicha expresión que la ley no ha definido de modo especial y por tanto debe acudir a su sentido natural y obvio o a su significación histórica (En el derecho Romano, constituía aquella decisión tomada por el Pretor en la planicie del pretorio, antes o después de ocupar su curul, sin trámite especial alguno).

- Por ello, cuando se hace mención a la decisión de plano debe entenderse aquella que “*excluye todo trámite distinto del indispensable examen que haga el fallador según sus exclusivos criterios*” (C.E., Sección 4ª, Auto de Marzo 8 de 1973). Vid. RIASCOS GOMEZ, L.O. **El acto y el procedimiento...** Ob., ut supra cit., p. 291 a 298
- (129) RIASCOS GOMEZ, Libardo O. **Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo.** Tesis doctoral, Universidad de Navarra, Pamplona (España), 1986, pág.540.
- (130) Sostiene el iusadministrativista Palacio Hincapié, que el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, que subrogó el artículo 86 del C.C.A., reconoció en la expresión otras formas de “ocupación realizadas por el Estado que no se originan en la realización de trabajos públicos; (como) la ocupación de una finca permitirle la estadía temporal a unos desplazados, o la ocupación del inmueble, erróneamente, por considerar que es propiedad del narcotráfico, etc. PALACIO HINCAPIE, Juan Angel. **Derecho procesal administrativo.** Ed. Librería jurídica Sánchez, Ed. 3ª, Bogotá, 2002, p. 254.
- (130bis) PALACIO HINCAPIE, Juan Angel. **Derecho procesal...** Ob. ut supra cit., p. 255
- (131) RODRIGUEZ, Libardo. **Derecho Administrativo General y colombiano.** Ed. Temis, 14ª ed., Bogotá, 2005, p. 470-488
- (132) **C. de E., Secc. 3ª, Sentencia de Junio 30 de 1994**, por detención ilegal de la policía. Sentencia de Mayo 13 de 1994, por detenciones arbitrarias.
- (133) **C. de E., Sala Plena, Sentencia de Abril 8 de 1994.** A la entidad se demanda en acción de reparación directa y a los funcionarios en acción de repetición, por actividades previstas en los artículos 77 y 78 del C.C.A. Sin embargo, podrá demandarse a la administración y al funcionario conjuntamente mediante la acción de reparación directa (artículo 86 Inciso 2º C.C.A), tal como lo ha recordado la Corte en **Sentencia C-430-2000.**
- (134) HINESTROSA, Fernando. **Derecho de obligaciones.** Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 526. Citado por Libardo Rodríguez, Ob., ut supra cit., p. 454.
- (135) BUSTAMANTE A., Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil.** 6ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1999, p. 145. Citado por Libardo Rodríguez, Ob. cit., p. 455.
- (136) RODRIGUEZ, Libardo. Ob., ut supra cit., p. 455.
- (137) **El C. de E., Sección Tercera, Sentencia de Noviembre 11 de 1999.** al respecto manifiesta: “Cuando se demanda al Estado por conductas desplegadas por sus agentes...la labor del juzgador está en responder varias preguntas: 1) ¿Hay daño?, 2) ¿Ese daño es antijurídico?, 3) ¿Cuál fue la causa del daño?, 4) ¿Quién es el autor de la causa que produjo el daño?, 5) ¿Si el autor es un agente estatal, éste se encontraba en el desempeño de sus funciones?, 6) ¿Hay algún elemento que rompa el nexo causal?. Si a todos los interrogantes se responde sí, el juzgador debe concluir que está ante el daño antijurídico imputable al Estado”. También véase: RIASCOS G., Libardo O. **Los denominados recursos ante el tribunal de justicia de la Comunidad Europea y el Tribunal Andino. Responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea prevista en el tratado de la CECA.** Ed. UNED, Universidad de Nariño, Pasto, 1997, p. 47-48.
- (138) TAMAYO J., Javier. **De la responsabilidad civil.** T.I. Teoría General de la responsabilidad. Responsabilidad contractual., p. 224 y ss. Citado por Libardo Rodríguez, Ob., ut supra cit., p. 456
- (139) RIASCOS G. L.O. **El acto y el procedimiento...** Ob., ut supra cit. p. 120 a 126.
- (140) PENAGOS, Gustavo. **El acto administrativo.** Ed. El profesional, Bogotá, 1987, p. 271
- (141) SANTOFIMIO, Jaime Orlando. **Acto administrativo: procedimiento, eficacia y validez.** Ed. Universidad Externado de Colombia, Marzo 1996, págs. 44 y siguientes.
- (142) Ob., ut supra cit. p. 44 y ss.
- (143) VEDEL, G. Ob., **Droit Administratif**, 6a, ed., traducida al español, 1980, p. 82
- (144) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramón. **Derecho administrativo.** Madrid. Ed. Civitas, 4a., ed., 1986, p. 686 y 687.
- (145) Este daño, “tiene una entidad diferente al simple daño moral o de afectación”. Vid. PALACIO H., Juan Ángel. **Derecho procesal...** Ob., ut supra cit., p. 257
- (146) Ob., ut supra cit., p. 258
- (147) Vid. **C. de E., Secc. 3ª, Sentencia 11200 de Diciembre 14 de 1995**
- (148) “La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier cosa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenecce inexorablemente, sin que pueda alegarse excusas algunas para revivirlos. Dichos plazos entonces constituyen una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa un límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar al Estado determinado derecho...” (**C-781-1999, Octubre 13**).
- (149) En el ámbito jurisdiccional constitucional, las vías de hecho contra decisiones judiciales, han tenido una constante y ascendente evolución, al punto que hoy en Sentencia T-189-2005, de Marzo 3, la Corte Constitucional en Sala de revisión, ha sostenido que “todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la

- existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental, (ii) defecto fáctico, (iii) error inducido, (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente, y (vi) violación directa de la Constitución.
- (150) GONZALEZ N. Francisco y GONZALEZ P., Jesús. **Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo español**. LRJAPyPA de 1992, Madrid, 1993, p. 1944
- (151) En el derecho ibérico estas situaciones conducen a “*la declaratoria de caducidad*” (por perención en nuestro derecho) del procedimiento disciplinario y no ha la declaratoria de vías de hecho por el juez contencioso administrativo mediante la acción de reparación directa, como proponemos. Vid. TRAYTER, Juan Manuel. **Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos**. Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A., Madrid, 1992, p. 343
- (152) Citado en la providencia **Febrero 21 de 2002 de la Sección 3ª del C. de E.**, al tratar la responsabilidad del Estado por las omisiones de la administración pública en lo atinente a la obligación de supervisar a los particulares en el ejercicio de determinadas actividades.

---

Actualización: Pasto, Abril 1 de 2008

---

[Principio del documento](#)