

 **PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA NUEVA LEGISLACION
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

Versión Magnetofónica

**Dr. Jaime Vidal Perdomo
Profesor Universitario**

Muchas gracias a la Universidad Pontificia Bolivariana por la invitación a venir a exponer ante ustedes sobre este tema, de suyo interesante y que ha venido despertando una serie de inquietudes jurídicas muy bienvenidas en el país, alrededor de estos temas de derecho público.

Yo entiendo que versa más la conferencia de hoy sobre la primera parte del Código, la relacionada con las actuaciones y los procedimientos administrativos, que sobre la parte propiamente del Contencioso-Administrativo, la cual según el programa, tiene otros conferencistas y buen número de subtemas que darán ocasión de mirar desde todos los ángulos esa parte del Código.

Para esta conferencia me limitaré a aspectos teóricos de la ley, del código, de derecho comparado; en la conferencia complementaria que se me ha pedido, buscaré establecer una diferencia entre el derecho de petición y los procedimientos gubernativos, tema que también se coloca en el corazón de esta primera parte del código y en el cual yo creo que hay asuntos de interés para desglosar.

Poniéndonos al trabajo de lo que hoy nos corresponde sobre principios generales del Nuevo Código Contencioso Administrativo, podemos hacer una primera incursión de carácter de Derecho Comparado, pues creo que es útil ver los estatutos no sólo desde el ángulo nuestro, de lo que digan los distintos artículos e incisos, sino también colocar las legislaciones dentro de una perspectiva histórica, de evolución, que le permita a uno apreciar el esfuerzo legislativo y los enfoques que se hagan alrededor del tratamiento de esas materias.

En cuanto hace al derecho comparado podemos advertir una primera nota que es la codificación del derecho administrativo, codificación integral de materias que se colocan bien en lógica dentro de esta disciplina jurídica o de procedimentalización de la actuación administrativa. También es una manera de decir, si se quiere, aunque pueda tener distintos significados pero son convergentes, de juridización de la actuación administrativa. Esto refleja un movimiento de ideas, un movimiento legislativo que se ha producido en distintos países y que responde a unos criterios que bien vale la pena se planteen delante de ustedes en una conferencia como ésta, y de las cuales el código nuestro de marzo de 1984 y sobre todo la Ley 58 de 1982 que es la matriz de ese código, son en buena parte resultado de ese movimiento de ideas.

Así aparece esa obra legislativa, no como un producto espontáneo e insular que apareciera por generación fortuita, sino más bien como resultado de una serie de tendencias en el derecho público, que podemos registrar de la manera como se va a presentar ese punto en esta conferencia.

Podemos decir que hay un movimiento de codificación, de procedimentalización, de juridización de la actividad administrativa. En los análisis que se suelen hacer en este campo, se dice que comienza hacia los años veinte en Austria con el pensamiento del profesor Merkl, quien fue iusnormativista, compañero de Kelsen en esa concepción del derecho, y quien apuntaba algunas cosas que en orden a cifrar puntos de referencia claros podemos sintetizar en dos ideas principales: La

primera es la idea de la actuación procesal en todas las ramas del Estado. Esta idea venía a contrastar con la creencia, fundada por lo demás, más o menos tradicional, de que la actuación procesal correspondía a la rama jurisdiccional, que era un poco monopolio o privativa de esa rama, que las otras dos obraban de manera más suelta, menos coherente, no se divisaban en su actividad unos elementos procesales como desde muy antiguo se encontraban en la rama jurisdiccional.

Merkel sostiene lo contrario, que todas las ramas del poder actúan bajo trámites, bajo reglas que van constituyendo procedimiento. Hay entonces un procedimiento legislativo, un procedimiento para la expedición de las leyes; en el caso colombiano normas en la constitución, normas de leyes, de reglamentos de las cámaras, las cuales hacen que la producción jurídica del congreso, las leyes, sean el resultado de un procedimiento; es decir, de una suma de pasos, de trámites integrados en la idea de la consecución de un fin. Igualmente hacía Merkel esta observación en relación con la rama ejecutiva. El acto administrativo, como producto final de la actuación administrativa, es una fase importante, la fase de la decisión, pues es también el producto de una serie de etapas que han sido ordenadas por el legislador, precisamente con miras a la obtención de ese propósito final.

De esta manera surge como conclusión de ese análisis, que cualquiera de nosotros hoy en día puede hacer por cuenta propia, pero que en el momento pudo significar una novedad, la necesidad de comparar la actuación de los jueces, procedimentalizada, con la actuación que se surte en los despachos administrativos. Esa es, digamos, una primera idea para tomar muy sencillamente los planteamientos de Merkel.

La otra idea puede ser la siguiente: Quizá yo la exagero un poco en el afán de visualizarla mejor; la idea de que la administración también define derechos, derechos de los ciudadanos, de los administrados. Fíjense ustedes que al evocar la tarea judicial lo que uno encuentra como característico de esa labor de los jueces es la definición de derechos, de derechos de todo tipo; en las relaciones entre los particulares: Relaciones civiles, relaciones comerciales, relaciones laborales, inclusive relaciones entre los particulares y el Estado en parte sujetas a la decisión de los jueces ordinarios. Desde los romanos se decía que los jueces tenían por misión "Decir el Derecho"; que a uno de litigante, como se habla hoy, la correspondía poner los hechos y el juez finalmente daba el derecho. Pues bien, resulta que también le corresponde a la administración definir derechos de los particulares, definir conflictos entre particulares alrededor de asuntos que corresponde otorgar a la administración; por ejemplo en aguas, bosques, baldíos, etc.; también le corresponde a la administración definir situaciones de personas que aspiran a tener nexos jurídicos con ella; definir adjudicatarios en una licitación, establecer así quien tiene mejor derecho a ganarse el contrato en una licitación.

Tal vez no sea el caso profundizar en esto, sino simplemente poner algunos ejemplos que lo hacen pensar a uno en la dificultad que existe en definir qué es exactamente la tarea judicial y cuál es la tarea administrativa. A título de ejemplo digo, se habla del juicio de sucesión y se dice que es un juicio que se ha convertido más en un asunto administrativo. En el Decreto 222 de 1983 se estableció la cláu-

sula de caducidad en los contratos en que entregue bienes en arrendamiento el Estado (la administración), y se dice que decretada la caducidad, se pasará para la entrega del inmueble a las autoridades policivas. Observen el fenómeno de cómo lo que antes era un juicio de tenencia muy caracterizado, se convierte por disposición de la ley en un procedimiento policivo de entrega; algo que pertenecía al dominio de lo jurisdiccional deja de serlo e ingresa al terreno de lo administrativo. Ahí hay dos ejemplos notables que permiten este planteamiento de la dificultad que hay para separar con entera nitidez lo jurisdiccional de lo administrativo.

Volviendo sobre esa segunda idea de Merkl, él habla de esa función de la administración de decidir sobre derecho o situaciones de los administrados, que la coloca muy cercana a la tarea de los jueces. De allí por qué se ha hablado, en algún lenguaje, de las actividades **cuasi-jurisdiccionales** de la administración, de las actividades **parajurisdiccionales** de la administración, o sea aquellas que estarían volcadas precisamente hacia esa finalidad de definición sobre derechos y sobre situaciones. Es posible que acerca de esto mañana, en el tema del Derecho de Petición, volvamos y tratemos de profundizar, para mostrar la diferencia que hay entre un tipo de actuación de la administración que corresponde a Derecho de Petición y esto otro que puede corresponder a una especie como de derecho de acción, similar por tanto a la actuación de los jueces. Y ven ustedes que eso no es capricho en el empleo de la terminología, sino que existe en la tradición jurídica colombiana. Por ejemplo, el Decreto 2733 de 1959, en el artículo 7o. habla de que el simple ejercicio del derecho de petición es distinto de la acción de litigar en causa propia o ajena. Ese decreto, que ha sido derogado por el nuevo código, hablaba de "acción de litigar" para referirse a actuaciones que se cumplen ante la administración y no era un decreto sobre procedimientos judiciales sino sobre trámites y procedimientos gubernativos. El nuevo código también habla en esos términos porque incorpora el Decreto 2733 para poder luego darle cristiana sepultura, a pesar de que la ley de facultades no autorizó al gobierno para derogar el Decreto 2733; sin embargo, todas las disposiciones, aun aquellas sobre derecho de petición, para lo cual como veremos mañana, no recibió facultades el gobierno, se vierten dentro del nuevo continente jurídico del código y por eso el artículo 39 habla de que el simple ejercicio del derecho de petición es distinto de la acción de litigar en causa propia o ajena y no causará impuestos de timbres.

O sea que allí hay una distinción entre derecho de petición y, digamos por ahora, derecho de acción. Como hablan estos dos estatutos hay en todo caso un reconocimiento en el plano de la teoría, dentro de la normatividad colombiana, que la administración cumple tareas similares a las de los jueces, las cuales pueden cubrirse con el manto del derecho de acción y eso da lugar, como lo sostuvo Merkl en su tiempo, a una similitud entre la actividad judicial y la actividad administrativa.

Miremos así entonces las dos ideas fundamentales de este tratadista austríaco, a quien se suele presentar como uno de los pioneros de este movimiento de ideas de procedimentalización de la administración, de juridización de la actividad administrativa. Y precisamente de Austria se cita una ley del año 1926 como una de las primeras leyes que disponen lo que viene a disponer para nosotros la Ley 58 y luego el Decreto No. 1 de 1984, es decir, una especie de código, como un con-

junto de disposiciones que regulan la actividad de la administración.

Hay otro factor importante que también vale la pena mencionar en esta conferencia y es la influencia que pueda tener la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa en la formación de esos procedimientos administrativos. Resulta que del examen de legislaciones, tomándolas en relación con los países que tienen jurisdicción de lo contencioso - administrativo, se obtiene que el interés por estas leyes de procedimiento es mayor cuando no existen bien organizadas jurisdicciones de lo contencioso administrativo. Fijense ustedes que es una cosa bien interesante, un dato que nos da el derecho comparado, y quizás los términos para reflexionar sobre esta consideración son Francia y los Estados Unidos de Norteamérica.

Francia es tal vez el país que tiene el sistema de jurisdicción contencioso-administrativa más acusado, pero en todo caso ellos han sido los protagonistas de la creación de esa figura del control de legalidad y el instrumento de ese control: El Consejo de Estado. Pues bien, dentro del sistema francés y dentro de la literatura jurídica francesa, son escasas las obras sobre esa materia de los procedimientos gubernativos. ¿Por qué? Porque todo el interés, todo el énfasis, recae sobre la parte contencioso-administrativa, o sea, la protección de los administrados se obtiene, hay confianza de que se obtiene, a través de los mecanismos del contencioso-administrativo. Como él hace la revisión de todos los actos de la administración, como ante el juez administrativo se controvierten todas las actuaciones de la administración, pues las cosas se van inclinando en forma tal que el centro de gravedad lo constituye el contencioso-administrativo; los franceses se sienten suficientemente seguros en sus relaciones con la administración porque saben que después hay un juez contencioso-administrativo que define las cosas.

Quizás sea una situación similar en América Latina, la del Brasil. Yo le he escuchado a colegas, profesores del Brasil que han venido a Colombia, en coloquios y seminarios que nos han unido alrededor del derecho administrativo en los últimos tiempos, que ellos no se entusiasman mucho por el tema de los procedimientos, ni creen que pueda mejorar la situación de la administración pública, pero en cambio sí tienen fe en la acción de los jueces, en el contencioso-administrativo.

Decíamos que el otro extremo para comparar sería el de los Estados Unidos y en general el mundo anglosajón. El mundo anglosajón no tiene un contencioso-administrativo, no tiene un Consejo de Estado; por el contrario, tiene cierta reticencia a dotar al Estado de un régimen jurídico especial, más bien quieren tratar al estado jurídicamente en términos similares a los que se emplean para las relaciones entre particulares. Pero en cambio, sí se ha preocupado por los procedimientos gubernativos y en los Estados Unidos de Norteamérica existe una ley de 1946, ley que se cita también dentro de los anales de esta evolución legislativa. Se apunta que a diferencia de los franceses que son muy amigos de las declaraciones de principios y de las fórmulas solemnes de Teoría Política, los anglosajones, con un cierto sentido más pragmático, son muy amigos de los procedimientos. Por ejemplo: El "Habeas Corpus" es un procedimiento de defensa de la libertad personal ante la arbitrariedad administrativa, ante todo es un procedimiento de garantía

de una libertad. Hay en el espíritu anglosajón una cierta tendencia pragmática a que las cosas en Derecho no son tanto como se proclamen sino como resultan protegidas en función de los mecanismos que se puedan poner en marcha, y allí estamos en el terreno de los procedimientos. El derecho norteamericano, por ejemplo, antes de confiar en un juez que le va a "enmendar la plana" a la administración como hace los franceses, quieren tener unas reglas claras de relaciones entre el ciudadano y la administración y protegerse a través de ellas de los abusos que el Estado pueda realizar dentro de ese tipo de relaciones. Allí aparece el contraste: Inexistencia o menor potencialidad del control judicial contra un mayor interés sobre los procedimientos administrativos.

No se quedan allí las cosas. Hay en el derecho alemán también un esfuerzo de codificación de la actividad administrativa y este movimiento se ha extendido a otros países que han sufrido la influencia provechosa de este sistema de mirar las relaciones ciudadano-estado; porque, en síntesis, de lo que se trata es de esto, del ciudadano ante el poder del Estado. ¿Cuál es el cuadro jurídico que regla ese tipo de enfrentamiento?

Para el caso latinoamericano podemos mencionar normas de procedimiento en Uruguay llamadas Actos Institucionales, que se han dictado después del año 1973; normas de procedimiento administrativo en Argentina, que a pesar de sus dificultades políticas sigue siendo un país de mucha creación jurídica, de mucha riqueza en el campo del Derecho Administrativo; la ley española de 1958 en materia de procedimientos administrativos, una ley muy interesante, muy citada, con una serie de principios que son útiles porque tienen cierto parecido con los que trajo la Ley 58 de 1982; por ejemplo, estos principios son supletorios de los procedimientos especiales. Y en los últimos tiempos, en países cercanos a Colombia, en Costa Rica hay una magnífica ley, tan buena que es difícil de lo puro buena, es una ley de mucha teoría jurídica, que sería bueno poderla examinar en algún momento, comparar en todo lo que los costarricenses, que es un pueblo de gran sentido jurídico, incorporaron en una ley llamada "Ley General de Administración Pública" de 1978, la cual es importante conocer porque regula muchas materias de la actividad administrativa y ha dejado una experiencia de aplicación. Luego la ley venezolana de 1981, una ley que ellos prepararon con sumo cuidado, hicieron investigaciones, preguntaron a juristas de distintos países y luego armaron una ley bastante interesante, la cual ya tiene estudios monográficos que ilustran los antecedentes y los alcances de esa ley.

Digamos entonces que la Ley 58 de 1982 en Colombia, se coloca un poco dentro de este recorrido de ideas, de esa evolución legislativa y de criterios. Yo fui ponente de esa ley, fui redactor de esos artículos y puedo, en conferencias como ésta, dar testimonio del interés que ofrece toda esa evolución.

Como puntos adicionales podemos señalar: Las Leyes sobre Procedimientos Gubernativos tienen una relación con el derecho de petición, cercana o lejana. Si miramos el código colombiano, diríamos que es muy cercana. Otro aspecto es: ¿Qué puede decirse que constituye el núcleo de un procedimiento gubernativo desde el punto de vista de esta evolución, de esta teoría? Según la doctrina y lo

que uno puede extraer de las distintas leyes, hay en ello el principio de la audiencia de las personas interesadas; obviamente, el desencadenamiento del procedimiento; luego la audiencia de las personas interesadas, la posibilidad de las pruebas dentro del procedimiento; y finalmente, la decisión, que es un acto administrativo. Eso se enlaza con toda la teoría del acto administrativo; por eso me parece muy bien la programación de este cursillo en el que hay una conferencia especial sobre el acto administrativo, que es el resultado final de esto: Ver de qué manera nuestra legislación contempla ese producto y luego los recursos contra las decisiones administrativas; recursos dentro de la vía gubernativa; y también esta figura que entre nosotros ha adquirido una importancia adicional porque la traía el Decreto 2733 de 1959, de la revocatoria directa de los actos administrativos. En otros países no encuentra uno tan destacada la figura de la revocación, creo que está más bien inmersa dentro de los términos ordinarios de los recursos. Sin embargo, entre nosotros se nos creció, no siempre saludablemente. Parece que la Ley 58 tuvo que venir a cortar algunos ángulos de desarrollo de la ley que no parecían muy adecuados.

Veamos ahora, ya como una segunda parte, después de esta panorámica del derecho comparado, cómo vamos a encontrar en el derecho positivo colombiano estas cuestiones de carácter general. Tenemos que arrancar de la ley. Yo tengo un poco ese prurito de que en los estatutos que nacen de facultades extraordinarias, hay que partir de la ley de maternidad, porque a veces se olvida y pierde uno la perspectiva histórica y jurídica de los temas.

La Ley 58 en primer lugar, fue en parte agregada en la comisión primera del Senado, porque lo que el gobierno propuso fue una ley de facultades para el código, no más. Pero quizás no hubiera sido conveniente para el derecho colombiano, a estas alturas, haber hecho una ley para que se reformara el Código Contencioso e ignorar la evolución en materia de procedimientos gubernativos. La parte inicial de la ley fue agregada en el Senado, digamos los diez primeros artículos; claro que todo el articulado se revisó pero de los grandes temas, el primero de que estamos ocupándonos esta tarde, fue puesto por la voluntad del Senado.

Dentro de esa parte encontramos, en primer lugar, el artículo 3o. de la ley, que expresa: "Los funcionarios deben tener en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de servicios públicos y la efectividad de derechos intereses de los administrados, reconocidos por la Ley". Es un texto declaratorio pero también un texto comprometido con la idea de que ante la administración se obtiene el reconocimiento de derecho o de intereses y así podemos decir que se está dentro de esa línea de teoría que fue planteada desde comienzos del siglo por la obra de Merkl. Este punto es luego desarrollado por el artículo 3o. del Código, el cual en el inciso 6o. habla de que el principio de imparcialidad consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas. Es de destacar cómo se atribuye a la tarea administrativa esa misión de reconocimiento de derechos.

Después, el artículo que le sigue en importancia teórica, es el artículo 2o. de la Ley 58 que establece los principios bajo los cuales se cumple la actividad administrativa; la ley habla de los principios de economía, de celeridad, de eficacia, de

imparcialidad, y dice, conforme a la técnica de algunas leyes modernas, que esos principios servirán para resolver las cuestiones que se susciten en la aplicación de las reglas de procedimiento.

Esos principios fueron desarrollados muy satisfactoriamente, con imaginación, con talento, en el artículo 3o. del código, donde se agregan otros principios como los de publicidad y de contradicción. No hace falta naturalmente leer esos textos, los conocemos ya, estamos en ese trabajo los juristas para ir en cada lectura teniendo una mejor comprensión. Yo simplemente anoto algunas cosas adicionales bien logradas; por ejemplo: En el inciso 3o. de ese artículo 3o. se habla del impulso oficioso de los procedimientos; podríamos tenerlo como un principio adicional a los anteriores, que surge del principio de celeridad; el principio del saneamiento de las nulidades, de oficio o a petición del interesado, previsto en el inciso 5o.; en el 6o. está el reconocimiento de la actuación administrativa que conduce a derecho y, además, se hace surgir de allí el principio de la igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Ese principio de la igualdad de tratamiento también existe para las licitaciones públicas, es uno de los principios fundamentales de la licitación pública el principio del trato igualitario. O sea que el artículo 2o. de la ley resulta ampliado satisfactoriamente, creativamente, por el artículo 3o. del código, todo ello dentro de la ortodoxia de la ley de facultades. Porque la ley de facultades, en el artículo 11 autoriza al gobierno para modificar el Decreto 2733 de 1959 y dictar normas de acuerdo con los principios de esta ley en materia de procedimiento gubernativo y revocación directa de los actos administrativos. Por lo tanto, el desenvolvimiento de estos principios, a mi modo de ver, está bien encuadrado dentro de la norma de autorizaciones del artículo 11 numeral 1o.

Luego el artículo 4o. de la ley habla de las actuaciones administrativas, dentro de plazos. Quizás valga la pena hacer alguna precisión de terminología. "Actuación" es un término genérico empleado en el lenguaje procesal civil cuando se habla de la actuación de los jueces que estaba en el artículo 10 del Decreto 2733 de 1959, donde se hablaba de "las providencias que pongan fin a un negocio o actuación administrativa"; es lo que se desprende de la actividad de la administración en sus múltiples tareas; pero como veremos luego, en el artículo 5o. ya se da una noción de procedimiento especial, según la idea que aún los que no somos procesalistas sabemos de procedimiento, que es una suma de actos, de pasos, de trámites, que buscan de manera coordinada un resultado final. La licitación es un buen ejemplo de lo que es un procedimiento administrativo. Tenemos ya una noción un poco más concreta.

Yo les dejo esta otra inquietud que me resultó de una pregunta en un curso sobre estas materias: ¿Todas las actuaciones administrativas son procedimiento administrativo? Yo no creo porque hay unas que son sueltas, insulares, que son un paso ante los despachos públicos, pero quizá no tienen ese sentido de integración, propio de la noción de procedimiento. En el código quizás se exagere esa idea. Y el código tiene que exceptuar: En el artículo 1o. habla de que "tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción". ¿Por qué? Porque nombrar o remover un funcionario de carrera es un procedimiento

pero hacerlo con un funcionario de libre nombramiento y remoción no es procedimiento, son actos sueltos, actos individuales. El código quiere cobijarlo todo con la idea de procedimiento cuando hay cosas que son de puro trámite suelto, trámite independiente, que tal vez no han debido cubrirse con esa posibilidad de ser procedimiento. Se hubiera requerido una definición mejor de qué es procedimiento para no tener que hacer excepciones que se vayan multiplicando luego, porque expedir un paz y salvo, por ejemplo, ¿es un procedimiento? el acto de inscribir en un registro es un acto de procedimiento? En fin, sobre esto quiero plantear más una inquietud porque creo que se pudo tener una idea demasiado amplia sobre procedimiento y entonces hay necesidad de acudir luego a las excepciones.

Decíamos que en el artículo 4o. del código se emplea la palabra "actuaciones" y se dice que se cumplirán dentro de los plazos, que el retardo da lugar a quejarse ante el respectivo superior y a la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias „sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario". Este texto también está desarrollado dentro del cuerpo del código, en el título VII artículo 76 en el que se establece una serie de normas sobre la conducta de los funcionarios, sanciones disciplinarias y responsabilidad de los funcionarios en desarrollo de este artículo 4o.

El artículo 5o. de la Ley 58 establece el criterio fundamental de que lo que aquí se dispone es supletorio de los procedimientos especiales que existen para determinadas materias de que conoce la administración. Por eso el artículo 5o. habla de que a falta de procedimiento especial las actuaciones administrativas del nivel nacional, departamental y municipal, se cumplirán conforme a los siguientes principios: Audiencia de las partes; enumeración de los medios de prueba; necesidad, por lo menos sumaria, de motivar los actos; es aquella idea del núcleo de un procedimiento administrativo general de que hablé hace unos momentos. Por cierto que los términos de este artículo 5o. están tomados de unas recomendaciones que formuló un Congreso Internacional de Ciencias Administrativas en Varsovia, en el año 1936; allí se dijo que cuando no existiera un procedimiento especial para proteger las relaciones entre el administrado y la administración, por lo menos debería existir como núcleo esencial este tipo de cosas.

La ley, por eso les decía, es bueno verla en su panorámica histórica y evolutiva, si se establece que a falta de un procedimiento especial por lo menos habrá éste ¿Por qué? Porque si hay un procedimiento especial estará muy detallada esa relación entre el administrado y la administración: En baldíos, en extinción del dominio, en aguas, en bosques, en minas, en petróleos, en marcas y patentes, son muy detallados los procedimientos y están consagrados de manera general esos principios que aquí se establecen como supletorios.

Fíjense ustedes también que desde ese punto de vista, la ley viene a colmar un vacío que tenía el Decreto 2733 que en su artículo 10 hablaba del procedimiento, pero al momento en que terminaba. Eso lo hemos citado en los libros varios comentaristas: "Las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa". ¿A qué pone fin, qué había pasado antes? El Decreto—Ley de 1959 no

lo establecía, ahora por lo menos podrá uno responder: Si no hay procedimiento administrativo especial, en lo que sea de procedimiento, tienen por lo menos que operar estos principios del artículo.

El artículo 6o. de la Ley 58 habla de que; "Los titulares de derechos o intereses legítimos, que pueden ser afectados por un procedimiento administrativo, podrán solicitar que se les tenga como parte en el mismo". También es una respuesta a la situación de vacío legal que se creaba con el Decreto 2733 que sólo contemplaba la vinculación de terceros al momento de la notificación de la providencia que ponía fin al negocio o actuación. En efecto, en el párrafo 1 del artículo 11 decía: "Las providencias que afecten a terceros que no hayan intervenido en la actuación se notificarán personalmente a éstos". Fíjense en ese tercero cuyos intereses o cuyos derechos podían estar un poco en juego en el procedimiento administrativo; la ley reconoce que no ha intervenido en la actuación pero por lo menos tenía la voluntad de citarlo al final a través de los recursos. Ahora la ley, completando el cuadro normativo del 2733, habla en el artículo 6o. de que se vincule desde el procedimiento administrativo, lo cual es lógico, porque no se podrá definir respecto de quien inicia un procedimiento, sin tener en cuenta la situación de una persona que se puede ver afectada con el trámite. Creo que fue una de las primeras aplicaciones de este principio la de hacer intervenir al arrendatario en los trámites administrativos de devolución de inmuebles arrendados. Obviamente, porque ¿cómo se iba a ordenar que se podía entregar el inmueble sin que la persona que iba a ver afectada su condición de titular de un derecho de arrendamiento hubiera participado en la actuación? La ley, consagrando un principio elemental de la teoría de los procedimientos gubernativos, establece en el artículo 6o. esa vinculación, y yo la complemento para el análisis histórico, para que ustedes vean lo que había antes y lo que el artículo establece, ya que es obviamente, un concepto de procedimiento más compacto que el que existía.

Miremos además la calificación que les da: "Titulares de derecho o intereses que puedan ser afectados por un procedimiento administrativo". Allí está la idea esa que dijimos al comenzar, de Merkl, que la administración se pronuncia sobre derechos o sobre intereses de los administrados.

en el artículo 7o. de la ley habla de que las peticiones no resueltas dentro de los términos previstos se entienden negadas, pero ello no dispensa a la autoridad administrativa de resolver sobre lo solicitado. O sea, se consagra de manera general la Teoría del Silencio Administrativo Negativo que luego está desarrollada en el

En el artículo 7o. de la ley habla de que las peticiones no resueltas dentro de los términos previstos se entienden negadas, pero ello no dispensa a la autoridad administrativa de resolver sobre lo solicitado. O sea, se consagra de manera general la Teoría del Silencio Administrativo Negativo que luego está desarrollada en el código. En el artículo 41, y con ingenio, se desarrolla la parte final de la ley de que para casos especiales el silencio administrativo puede ser positivo; dice: "En los casos expresamente previstos en disposiciones especiales", porque existen algunos casos legales en los cuales se le reconoce a la inactividad de la administración una voluntad de acceder a lo que puede estar pidiendo el interesado. Gene-

ralmente se trata de actos autorizatorios, de actos en los cuales la ley exige que medie una autorización administrativa. Se establece directamente por la ley que si la administración no dice nada es que está otorgando esa autorización, que permite hacer al administrado determinada cosa. Los ejemplos de ese Silencio Administrativo Positivo en la legislación colombiana son bastante conocidos y están circulando dentro de estos cursos y seminarios. Por ejemplo, para fusión de empresas en razón de la Ley 155 de 1959, si no me equivoco, hay un caso así: Que no puede pasar a hacer esa fusión sin que medie una autorización de la superintendencia, que si no se da en tanto tiempo se entiende concedida.

En el código se contempla cómo se convierte en prueba ese silencio administrativo positivo, en el artículo 42: Mediante la protocolización de constancias con la copia de la petición y, naturalmente, la declaración jurada de que no se ha recibido decisión sobre el asunto. En fin, es una cuestión de leer la cláusula legal. Yo solamente quiero establecer la relación entre los principios de la ley y los desarrollos del código.

También se suele presentar como ejemplo de silencio administrativo positivo, el de los permisos para construir, aunque no siempre entre nosotros sea así, porque hay disposiciones municipales en sentido contrario, pero en la literatura de la materia suele citarse ese ejemplo.

Se establecen en el código algunas disposiciones interesantes sobre estos actos que son fruto de la inactividad de la administración. Hay un avance en relación con la legislación anterior, porque el Decreto 2733 sólo contemplaba el silencio administrativo, digamos procesal, en razón de los recursos, pero no el que podemos llamar sustantivo, el que se puede producir delante de las peticiones, o sea, la acción ante la administración. En ese sentido también el código constituye un avance en la estructuración del procedimiento gubernativo; allí se contemplan mecanismos sobre ese silencio, inclusive recursos ante la decisión negativa, posibilidad de revocar la decisión de silencio administrativo positivo.

Alrededor de esto yo tengo una inquietud que, entre colegas como estamos, la quiero dejar: ¿Estará bien hablar, como habla el código, de **actos presuntos**, por ejemplo en el artículo 40 al acto que resulta del silencio lo llama presunto; yo no sé si es más propio hablar del **acto ficto**, del acto que finge, que del **acto que se presume**? Porque la noción de presunción parece no encajar bien acá porque la ley lo que hace es la ficción de que se quiso decir tal cosa delante de la abstención administrativa; y en varios textos a partir del artículo 40 se habla del acto presunto y yo no sé si es más adecuado hablar del "acto ficto" que del "acto presunto". Alguno de los colaboradores en la redacción de esa parte del código me admitió que podía ser mejor hablar de "acto ficto".

Para terminar con los análisis de la ley de facultades, tenemos que el artículo 8o. establece el principio de la publicidad de las actuaciones administrativas. Este fue el único texto que fue modificado en el Congreso, con el pliego de modificaciones a la ley.

Los miembros de la Comisión Primera del Senado fueron enfáticos en establecer "salvo las taxativas excepciones que establezcan la constitución y la ley".

Ustedes recuerdan que este es un tema que ha sido polémico en los últimos tiempos, sobre todo alrededor de ese periodismo investigativo que se ha desarrollado mucho entre nosotros, como en otros países. Han existido unas normas del Código de Régimen Político y Municipal sobre publicidad de documentos oficiales, que se han invocado ante tribunales administrativos y ante el Consejo de Estado, para obligar a determinadas autoridades administrativas a hacer conocer documentos que desde el punto de vista político y ciudadano, interesan a la prensa.

Hay una interpretación hecha por el código, de esta parte, que consiste en lo siguiente: El código entendió en el artículo 7o. que del derecho de petición podía nacer ese derecho de información sobre los expedientes. En un anteproyecto que se conoció, se establecían las excepciones de reserva legal sobre documentos oficiales. Eso fue conocido por el periodista Daniel Samper Pizano, quien escribió una crítica fuerte, inclusive el título es muy duro, a ese anteproyecto, diciendo que el gobierno estaba empleando mal las facultades, estaba aprovechándolas para establecer reservas sobre una serie de documentos que, de acuerdo con la legislación existente, no estaban cubiertas por esa reserva. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, yo tuve ocasión de decir alguna cosa sobre ese punto, en dos sentidos: Primero, que no parece conveniente que el gobierno, alrededor de unas facultades extraordinarias, regule el derecho de información de los ciudadanos sobre los documentos públicos; éste es un tema estrictamente político y polémico, que debería estar confiado al Congreso, más cuando hay un proyecto cursando en las cámaras, o por lo menos presentado a las cámaras; en segundo lugar, porque yo no veía claras las facultades en esa materia, porque como lo hemos dicho, del artículo de la ley se desprende es el principio de la publicidad de las actuaciones. No resulta claro entonces que se establecieran las excepciones, cuando el artículo 11 de la Ley de Facultades no habla de eso, no habla de la posibilidad de establecer excepciones. Por fortuna el gobierno retiró esa parte polémica y apenas quedó consagrado lo que estaba antes, el principio de publicidad, salvo las excepciones que establezcan la constitución y las leyes, que no son claras y por eso hay necesidad, tal vez, de una ley sobre esto. Hay algunos puntos que son discutidos, que venían en el anteproyecto y que está en el proyecto de ley que cursa en el Congreso; desde el punto de vista de la teoría, puede ser un poco discutible poner dentro del derecho de petición el derecho de información, pues son dos derechos distintos. Además, en el caso se trataba, sobre todo, de procedimientos gubernativos, del derecho de quien está actuando a conocer los documentos, no de terceros, como es el caso de la prensa. Yo discrepo un poco de esa asimilación derecho de información igual a, o parte, del derecho de petición.

De todas maneras, desde el punto de vista del derecho positivo, ese pequeño conflicto se zanjó bien; sin embargo, puede haber un poquito de especulación en el plano de la teoría.

Hemos visto así, creo yo, partiendo del derecho comparado y de una resumida evolución legislativa, alrededor de unas ideas centrales que las puse como hipótesis

de trabajo, cómo se llega a la ley colombiana. No porque ésta en particular, como en otros casos esté copiando alguna ley, sino porque, naturalmente, para su elaboración (y era lógico), desde el punto de vista científico, se tuvieron en cuenta todos estos recorridos que el Derecho va dando. Esto nos permite mostrar cómo en los planteamientos fundamentales, la ley estructuró ya un cuadro de principios suficientes para ordenar luego, con el cumplimiento de las facultades extraordinarias, la posibilidad de tener un desarrollo legislativo como el código lo contempla.

Creo así cumplir con la tarea, muy grata, de venir a hablar esta tarde con ustedes; y he tratado naturalmente, de dejar por fuera los temas relacionados con el derecho de petición para mañana.

Muchas gracias