

DERECHO ADMINISTRATIVO

PROGRAMA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TERRITORIAL

FRANCISCO JAVIER BERNAL



ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Director

HONORIO MIGUEL HENRIQUEZ PINEDO

Subdirector académico

CARLOS ROBERTO CUBIDES OLARTE

Decano de pregrado

JAIME ANTONIO QUICENO GUERRERO

Coordinador Nacional de A.P.T

JOSE PLACIDO SILVA RUIZ

**ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
AUGUSTO ÁLVAREZ COLLAZOS**

Bogotá D.C., Enero de 2008

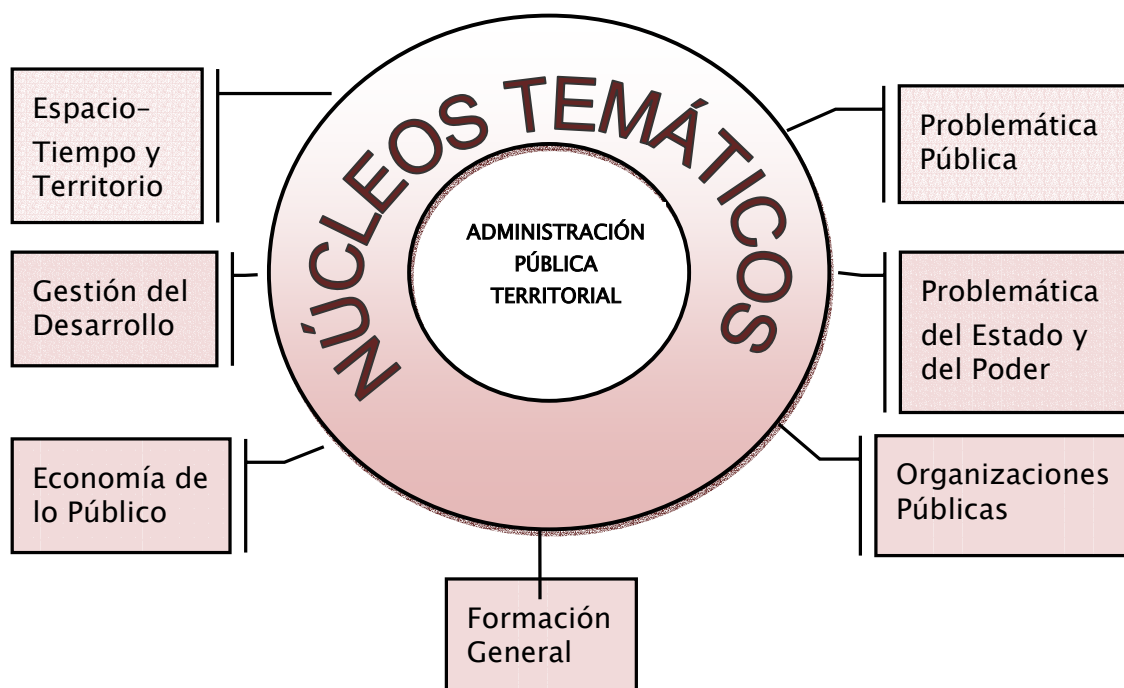
CONTENIDO

Del trabajo del tutor

- Introducción
- 1 PRIMERA PARTE: DERECHO ADMINISTRATIVO
- 1 Conceptos básicos del Derecho Administrativo
- 1.1 Comentario preliminar
- 1.2 Noción de derecho
- 1.3 Ramas del derecho
- 1.4 El derecho
- 1.5 El concepto de derecho administrativo
- 1.6 Administración pública
- 1.7 La noción de administración pública
- 1.8 La teoría del estado y el derecho administrativo:
- 1.9 Otras caracterizaciones del estado
- 1.10 Las huidas
- 1.11 Origen y estado actual del derecho administrativo
- 1.12 Evolución del derecho administrativo colombiano en las perspectivas de la reforma del estado.
- 2 ORGANIZACIONES PÚBLICAS
- 2.1 Régimen jurídico de la personas
- 2.2 Organización del estado
- 3 FUNCIÓN PÚBLICA
- 3.1 Nociones fundamentales
- 3.2 Función pública
- 3.3 Servidor
- 3.4 Contratista de prestación de servicios del Estado
- 3.5 Auxiliares de la administración de justicia
- 3.6 Jurados de votación
- 3.7 Miembros de junta o consejo directivo
- 3.8 Funciones de las cámaras de comercio
- 3.9 Criterios para distinguir entre empleados y trabajadores oficiales
- 3.10 Características que identifican a los empleados y a los trabajadores oficiales (características de la relación legal y reglamentaria y de la relación contractual laboral)
- 3.11 Prestaciones sociales
- 3.12 Régimen disciplinario
- 3.13 Causales de terminación de la relación de función pública
- 3.14 Análisis de casos
- 4 TEORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

- 4.1 El acto administrativo
- 4.2 Formación del acto administrativo
- 4.3 Principios que regulan la actuación administrativa
- 4.4 Efectos del acto administrativo
- 4.5 Clasificación primaria de los actos administrativos
- 4.6 Efectos del acto administrativo en el espacio
- 4.7 Otras clasificaciones de los actos administrativos
- 4.8 Importancia práctica de esta clasificación en nuestra legislación
- 4.9 Actos administrativos que emanan de competencias regladas y de competencias discrecionales
- 4.10 Actos administrativos expresos y presuntos
- 4.11 Silencio administrativo negativo y positivo
- 4.12 Actos administrativos simples y complejos
- 4.13 Extinción de los actos administrativos
- 4.14 Actos de contenido general
- 4.15 Actos de contenido particular
- 4.16 Revocatoria directa
- 4.17 Expiran por control judicial
- 5 PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS
- 5.1 Actuaciones administrativas
- 6 TEORIA PATRIMONIAL DEL ESTADO
- 6.1 Régimen jurídico del patrimonio estatal
- 7 CONTRATACIÓN ESTATAL
- 7.1 Régimen jurídico de la contratación estatal
- 8 LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS
- 8.1 SEGUNDA PARTE: ETICA
- 8.2 Interrogantes
- 8.3 Conceptos Básicos
- 8.4 Alcance de la asignatura
- 8.5 Palabras claves
- 8.6 Definición de ética
- 8.7 Precisiones importantes
- 8.8 Ética y derecho administrativo
- 8.9 La administración pública
- 8.10 Por qué se presenta corrupción en la administración pública
- 8.11 Una visión general de la Colombia actual
- 8.12 Lectura de reflexión

DE LOS NUCLEOS TEMÁTICOS Y PROBLEMÁTICOS



El plan de estudios del Programa de Administración Pública Territorial, modalidad a distancia, se encuentra estructurado en siete núcleos temáticos. Éstos, a su vez, se constituyen en los contenidos nucleares del plan de formación que, en la exposición didáctica del conocimiento, se acompañan de contenidos complementarios específicos.

Cada uno de los siete núcleos temáticos que componen el programa tiene una valoración relativa en número de créditos y, en consecuencia, varía también en el número de asignaturas que lo conjugan. El primer momento en cualquier proceso de formación ha de establecer las particularidades del programa, de ahí que sea necesario dar a conocer los núcleos temáticos con su respectiva valoración en número de créditos: Problemática pública, once (11) créditos; Problemática del estado y del poder, 23 créditos; Organizaciones públicas, 24 créditos; Espacio-tiempo y territorio, 22 créditos; Gestión del desarrollo, 16 créditos; Economía de lo público, 18 créditos; y Formación general, 21 créditos.

De igual manera, se debe reconocer que el plan de estudios se cimienta en el principio de la problematización. En otras palabras, la formación en Administración Pública Territorial parte del hecho de que la disciplina se encuentra en constante cambio teórico y práctico; lo cual genera, a su vez, problemas multifacéticos que implican la formación de profesionales con capacidad de comprender, explicar y resolver los distintos textos y contextos que conforman la administración pública.

NÚCLEO: ORGANIZACIONES PÚBLICAS

El desarrollo del núcleo de organizaciones públicas pretende que el estudiante haga una reflexión acerca de las principales características de la estructura, funciones, comportamiento, dinámica de relación con el entorno y problemática de las organizaciones públicas como entidades institucionales creadas por una sociedad para dar respuesta a la demanda de bienes y servicios considerados de interés general, apoyados en los desarrollos conceptuales de la disciplina de la Administración Pública y complementada con los enfoques sociológicos, espacio que históricamente ha sido aceptado. También presenta las nuevas propuestas antropológicas, psicológicas, históricas, culturales y administrativas como perspectivas desarrolladas para la comprensión y la gestión de las organizaciones.¹

Para el desarrollo del núcleo de organizaciones públicas se han programado ocho (8) asignaturas que se presentan a continuación.

ASIGNATURAS DEL NÚCLEO ORGANIZACIONES PÚBLICAS	CRÉDITOS	SEMESTRE
1. Pensamiento Administrativo y Organizaciones Públicas I	2	3º
2. Pensamiento Administrativo y Organizaciones Públicas II	2	4º
3. Derecho Administrativo	3	5º
4. Gestión de las Organizaciones Públicas	2	5º
5. Gerencia de Recursos Físicos y Financieros	3	7º
6. Régimen del Servidor Público	3	6º
7. Gerencia del Talento Humano	3	7º
8. Gerencia Pública Integral	4	8º

¹ Tomado del Documento de *Condiciones Iniciales Factor No 4 Estructura Curricular*. Escuela Superior de Administración Pública. Programa a Distancia. 2004.

EL TRABAJO DEL TUTOR

El tutor tendrá libertad de cátedra en cuanto a su posición teórica o ideológica frente a los contenidos del módulo, pero el desarrollo de los contenidos de los módulos son de obligatorio cumplimiento por parte de los tutores. Los Tutores podrán complementar los módulos con lecturas adicionales, pero lo obligatorio para el estudiante frente a la evaluación del aprendizaje son los contenidos de los módulos; es decir, la evaluación del aprendizaje deberá contemplar únicamente los contenidos de los módulos. Así mismo, la evaluación del Tutor deberá diseñarse para dar cuenta del cubrimiento de los contenidos del módulo.

El Tutor debe diseñar, planear y programar con suficiente anticipación las actividades de aprendizaje y los contenidos a desarrollar en cada sesión de tutoría (incluyendo la primera). También debe diseñar las estrategias de evaluación del trabajo del estudiante que le permita hacer seguimiento del proceso de autoaprendizaje del estudiante. Por cada crédito, 16 horas son de tutoría presencial o de encuentro presencial y 32 horas son de autoaprendizaje (y este tiempo de trabajo del estudiante debe ser objeto de seguimiento y evaluación por parte del tutor). Las asignaturas (módulos) de APT son de 2, 3 y 4 créditos.



DERECHO

**ADMINISTRATIVO Y
ÉTICA PÚBLICA**

INTRODUCCION

Con ocasión del ejercicio que nos proponemos en este documento, plasmamos el ejercicio de la docencia en la ESAP en la cátedra de Derecho Administrativo ejercida en un tiempo no menor de quince años, en el que amparado en diferentes documentos, autores nacionales e internacionales, la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional y la experiencia tanto en el ejercicio profesional como a bogado, como administrador, como empleado, como directivo o como ciudadano.

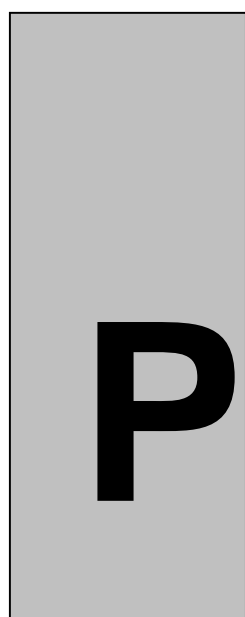
La invitación que me formuló la ESAP a contribuir con este trabajo, sirve como el más provocativo momento de ordenar una serie de documentos, escritos, la mayoría no publicados, en diferentes momentos y que sistematizados pueden contribuir en la divulgación de este campo del saber jurídico.

El documento se encuentra dividido en dos partes, una primera que corresponde al Derecho administrativo, la segunda corresponde a una introducción a la Ética.

En la primera tratamos lo relativo a los conceptos básicos del derecho administrativo, las ramas del derecho, elementos históricos que contribuyen en la estructuración de esta rama del derecho y los sistemas más ampliamente conocidos en nuestro medio. Luego trato lo relativo a la organización y funcionamiento de la administración pública colombiana, los principios de delegación, descentralización, las formas de ésta, la desconcentración y la avocación, la función pública, la teoría del acto administrativo, los procedimientos administrativos, la teoría patrimonial del Estado, la contratación estatal, las acciones contencioso administrativas.

En lo relativo a la ética, por encima de cualquier consideración teórica nos interesa introducirnos en este tema, a partir de una serie de interrogantes y comentarios que induzcan al educando a la búsqueda de su genealogía a partir de sus propios interrogantes y reflexiones consigo mismos, un debate interior, que más allá del concepto teórico, le brinde mayor capacidad de reflexión ante los temas gobernados desde la Ética.

El documento que presentamos, cuenta con unos objetivos capitulares, unos cuestionarios individuales y ejercicios en algunos capítulos de forma colectiva, la comparación del ejercicio con la lectura permite al estudiante incursionar rápidamente en estas temáticas que nos permitimos presentar lo más actualizadas posible al tenor del avance de la ciencia jurídica.



PRIMERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

INTRODUCCION AL DERECHO ADMINISTRATIVO

INTRODUCCION

Para el estudiante de administración pública, no puede ser ajeno el estudio del derecho y dentro de éste la rama del derecho administrativo, como complemento de su saber no solo teórico, si no como ese deber ser que le permite actuar dentro de un orden jurídico diferenciado del particular, en el que intervienen las diferentes concepciones jurídicas del Estado y las perspectivas o ángulos del Estado social de derecho.

Desde el punto de vista práctico, esta parte preliminar, se erige como contexto jurídico básico, como base que permite soportar el poderoso acerbo teórico de las diferentes instituciones del derecho administrativo

En este primer capítulo desarrollo conceptos básicos preliminares del derecho administrativo, elementos históricos que sirven de soporte, clasificaciones del derecho fundadas en las clásicas Romanas, la evolución, la relación de la administración pública con el derecho y con las formas de ejercicio privado de la administración, los sistemas de derecho administrativo, la administración pública en Colombia y la evolución del derecho administrativo, los principios y las fuentes del derecho administrativo.

Terminamos el capítulo con unos ejercicios para el desarrollo personal, relativos a la comprensión de las lecturas a manera de autoaprendizaje.

OBJETIVOS

1. Con este capítulo de carácter introductorio, me propongo dar un paso preliminar en la contextualización filosófico, histórico conceptual de la rama del derecho denominado Derecho Administrativo. Con ello el estudiante podrá diferenciar de manera clara el objeto de estudio de esta rama del derecho de las demás, no sin antes aclarar sus respectivas relaciones.
2. Al terminar el capítulo, el estudiante, estará en condiciones de entender la diferencia entre esta rama del derecho con cualquiera de las del derecho privado.
3. Con este capítulo, me propongo sensibilizar al estudiante de administración pública con el orden jurídico que rige el funcionamiento de la administración, no solo en Colombia si no en diferentes momentos históricos y espacios geográficos, bien disímiles del nuestro.

1. COMENTARIO PRELIMINAR

Un campo o disciplina del saber científico, siempre sugieren la existencia de un objeto de Estudio, un método y unos conceptos que le permiten presentar el resultado del saber acumulado, las leyes, presupuestos, principios y reglas que la gobiernan. Es la distinción conceptual de la disciplina, el marco de referencia de cualquiera de sus componentes, es el mar de fondo sobre el cual se levanta todo el pensamiento y desarrollo ontológico y epistemológico de su objeto de estudio, por lo tanto, frente a la rama del derecho que nos corresponde tratar, el derecho administrativo, lo abordamos con unos preceptos básicos que expresamos a continuación.

2. NOCIÓN DE DERECHO

Conceptos:

Desde el punto de vista formal, una norma es una proposición así que una Constitución, un código tiene como connotación el ser un conjunto de proposiciones.

Las proposiciones en el lenguaje tienen tres funciones fundamentales, la descriptiva, la expresiva y la prescriptiva. El profesor Norberto Bobbio dice que en el derecho interesa de modo particular la función prescriptiva, como conjunto de leyes, o de reglamentos, una Constitución, un código, una ley son ejemplos comunes del lenguaje normativo.²

Según el diccionario Larousse entre otras acepciones define el derecho como conjunto de leyes, preceptos, y reglas que deben obedecer las personas en su vida social. También le da la connotación de ciencia que estudia las leyes y su aplicación.³

El Diccionario de filosofía⁴ define el Derecho “..En general este término cobija todo aquello que indiscutiblemente y sin vacilaciones acata una regla. También designa al conjunto de leyes o instituciones que regulan de una manera determinada las relaciones entre los hombres. El derecho erigido en ley es voluntad general expresada por medio de la positivización de cumplimiento obligatorio para los individuos y los grupos dentro de una sociedad dada...”.

De otra parte el Diccionario Jurídico Elemental (Cabanelas Guillermo, 1.979) define el derecho⁵ En sentido Etimológico Del Latín directus, directo; de

² BOBIO NORBERTO. Teoría General del Derecho , Temis Bogotá 1.994

³ Diccionario Larousse Ilustrado 2006

⁴ Diccionario de Filosofía Ilustrado de Leonor Martínez Echeverri, de Panamericana Editorial, 1.997 Bogotá.

⁵ Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas de Torres, editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires Argentina 1.979

dirigere, enderezar o alinear dice que en todo el mundo Jurídico positivo, histórico y doctrinal se aconseja proceder en el siguiente orden.

1. Como Adjetivo: Tanto masculino como femenino, en lo material: recto, igual, seguido. En lo lógico, fundado razonable, en lo moral bien intencionado, en lo estrictamente jurídico legal, legítimo, justo.
2. Como adverbio: ..equivale a derechamente, derechura, figura del camino recto, la vía legal
3. Como sustantivo: ..facultad, poder o potestad de hacer, elegir o abstenerse en cuanto uno mismo atañe y de exigir, permitir o prohibir a los demás, ya sea el fundamento natural, legal, convencional o unilateral nos encontramos frente a un derecho subjetivo. Pero además puede el Derecho, expresar el orden o las ordenes que integran el contenido de los códigos, leyes, reglamentos o costumbres, como preceptos obligatorios, reguladores o supletorios establecidos por el poder , o por el pueblo mismo a través de la práctica general reiterada o de la tradición usual, configura entonces el denominado derecho objetivo...”

Autores como Gabriel Rojas A.⁶ afirman “El derecho es esencialmente uno, aunque se manifiesta existencialmente en varios:

Uno es el objeto de todo derecho: La realización de la justicia que, según Ulpiano, “es la voluntad firme y perpetua de dar a cada uno lo que le corresponde”. El hombre desarrolla diferentes actividades y en ejercicio de ellas afecta a otras personas y a su vez es afectado por ellas. Entonces ya pasamos de la concepción general de derecho a los derechos particulares.....existencialmente hay varios; Comercial, civil, laboral y otros..”

Dentro de las diferentes ramas del derecho, que se desprenden de la noción general, caben las divisiones clásicas de los Romanos en las que traen a colación la noción de derecho y derecho privado.

Como parte integrante y propósito de este texto nos extenderemos de manera especial en los componentes del derecho, para ello presentamos a continuación algunos parámetros históricos que incidieron en la conformación de la disciplina del derecho administrativo y algunos de los componentes del derecho en General.

Referentes Históricos en las Culturas Antiguas:

Son ampliamente reconocidas las alusiones a las culturas, Persa, Egipcia, China, Judía, Griega, Romana al derecho de las cuales debemos señalar de cada una los siguientes aspectos relacionados con el tema así:

⁶ Rojas Arbelaez Gabriel, El Espíritu del Derecho Administrativo, Temis 1.985, Bogotá pag. 3

2.1. LOS PERSAS: En la Mesopotámica 1.792 – 1759 antes de Cristo, se unifican políticamente todo el territorio comprendido entre los ríos Tigris y Éufrates bajo el gobierno del Rey Hamurabi.⁷

El más grande aporte de esta civilización al derecho en éste período, lo constituye el código de Hamurabi, pues es la más antigua codificación conocida.

En el mencionado código, se estructuraron reglas no solo civiles, penales, laborales si no que se definen relaciones entre gobernantes y gobernados, definió reglas para desplazarse en el imperio, los contratos entre administración y administrados, estas reglas jurídicas estatuyen la responsabilidad entre las dos partes.

2.2. LOS CHINOS: Antiguos escritos relatan la existencia de esta civilización que data 1100 a 500 años antes de cristo. En los escritos de Mencius y Chow, se conocen principios del comportamiento en el imperio.

Chow establece un documento a manera de Constitución en el que se registraron los servidores civiles del emperador, con tareas y deberes, incluye las funciones del primer Ministro que estaban divididas en tres secciones a saber: Reglas para el manejo de los oficiales del Rey, regulaciones para los departamentos del gobierno y métodos para Gobernar el país. En fin un sistema Gerencial y de función pública.

“Confucio estableció hace cerca de veinticinco siglos reglas sobre la administración del Imperio, tomadas de la experiencia como primer Ministro así:

1. Será obligación de los Gobernantes, conocer las condiciones de su medio; los mandatarios deben anotar con mucho cuidado cual es la naturaleza de los problemas sociales, para entonces dedicarse a destruir las causas que originan estos problemas.
2. Enfocar los problemas, buscando siempre las más amplias diferencias de opiniones y haciendo un estudio cuidadoso de los hechos, dentro de un análisis imparcial, para tomar decisiones moderadas de acuerdo con las reglas de la Ética.
3. Comprender el concepto, para lograr la mejor conducción de los asuntos del Gobierno, con un criterio amplio que evite los favoritismos dentro de los funcionarios.
4. Será una preocupación del gobierno, el mejoramiento Económico del pueblo, y para ello es necesario, que cooperen todos los empleados, con su esfuerzo diario.

⁷ Código de Hamurabi, Federico Lara Peinado, Tecnos Madrid 1.992.

5. La conducta correcta de la administración pública, consiste en mantenerse siempre ocupado, por que el arte de gobernar es mantener los asuntos del gobierno en la mente, con energía y poner en práctica los principios sin desviaciones.
6. Los administradores de los bienes del imperio deben ser de conducta ejemplar, y se escogerá, directamente, sin egoísmos a las personas más capaces”.⁸

Estamos ante una tesis política y administrativa que tiene efectos jurídicos, los elementos finalísticos, mejoramiento económico del pueblo, los administradores serán capaces de construir una conducta ejemplar.

2.3. LOS ROMANOS

Los Romanos hicieron una clasificación del derecho fundada en el objeto, desde luego a sus costumbres y creencias, hasta el punto de construir expresiones como fas derecho sagrado, lex divina; jus es la obra humana, lex humana, la palabra jus, se aplica al derecho en toda su integridad. No obstante no sobra advertir que para los romanos la palabra jus no es más que un conjunto de reglas fijadas por la autoridad y a las cuales los ciudadanos, estaban obligados a obedecer.

Según Celso (⁹) el derecho Romano influido por la Filosofía Griega introduce concepciones que no evitaron confundir el derecho con la moral hasta el punto que uno de los grandes juristas Romanos como lo es ULPIANO define el derecho como “el arte de lo que es bueno y es equitativo”. Este formula tres grandes preceptos del derecho así: vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo, como se puede observar, sólo los dos últimos corresponden al derecho.

De otra parte en la evolución conceptual es de señalar que de la palabra jus se derivan justicia y jurisprudencia, justicia como calidad del hombre justo, según Ulpiano, la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo; la expresión jurisprudencia, connota ciencia del derecho, Ulpiano la define como “El conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y lo injusto.

El derecho según los Romanos es dividido en dos grandes clases: El derecho jus publicum y el derecho privado jus privatum.

El jus publicum comprende el gobierno del Estado; la organización de las magistraturas; y aquella parte del culto y del sacerdocio, llamada jus sacrum, regula las relaciones de los ciudadanos con los poderes s. Por su parte el Jus privatum tiene por objeto las relaciones entre los particulares.

⁸ Galvis Gaitan Fernando, Administración Pública de, Publicación ESAP, Bogotá 1.987.

⁹ Pettit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, Edic. Esquilo Bogotá 2002.

De esta gran clasificación derivan ramas para cada una de las dos clases del derecho del derecho, derivan el Derecho Constitucional, el derecho Administrativo, el derecho Penal, el derecho Procesal, el derecho de la hacienda Pública y el derecho Internacional. De la clasificación del derecho privado emanan el derecho Civil, el derecho comercial, el derecho laboral y el derecho Internacional Privado.

Con la emergencia de nuevos¹⁰ paradigmas en lo económico, lo social, lo cultural , lo político, surgen nuevos paradigmas jurídicos que se trazan tareas de regular fenómenos y situaciones emergentes, relaciones emergentes no ya dentro de los estados en sus aspectos internos si no de relaciones entre estados y particulares de otros Estados, entre dos o más estados para con sus connacionales y sus propias instituciones, entre particulares y en todos ellos generar transnacionalización de relaciones que en últimas constituyen los medios para la ecumenización de las relaciones jurídicas que al decir de Boaventura de Sousa Santos constituyen la transnacionalización del campo jurídico como elemento constitutivo de los procesos de globalización.¹¹ La globalización del derecho, tema que viene construyendo una ruptura en la clasificación emanada de los Romanos.

Estamos ante el nacimiento de un derecho de frontera en el que no se puede precisar con exactitud la línea divisoria entre el derecho y el privado, o se puede afirmar que puede ser el parto de una nueva clasificación en el derecho o un nuevo campo del derecho que para algunos corresponde al llamado derecho comunitario, como conjunto normativo regulatorio derivado de las relaciones de las comunidades.

A propósito dentro de la frontera convergen aplicaciones científicas que impactan el quehacer Estatal aplicaciones como la Biometría no dejan de convertirse en un importante referente para la gestión y el derecho, baste con solo citar los siguientes datos expuestos por EAMON KELLY en la Década decisiva, (ob. Cit.), “ ..desde fines del 2005, todos los nuevos pasaportes de los Estados Unidos son “documentos inteligentes”, incluyen un “chip inteligente” que contienen una imagen completa de la cara del titular. Los pasaportes de la Unión Europea también serán biométricos e incluirán en sus circuitos integrados el reconocimiento Biométrico de la retina y las huellas digitales. Tailandia está planeando establecer tarjetas de identidad biométricas para sus 64 millones de habitantes.

Más de cuatro millones de sensores biométricos de huellas ya se usan en Asia en teléfonos móviles, computadores personales y aparatos de control de acceso. En esta región y sobre todo en los bancos, se está volviendo cada vez más popular el reconocimiento de las venas de las manos.....”

¹⁰ KELLY EAMONN, La Década decisiva, Tres escenarios para el futuro del mundo, Grupo Editorial norma, Bogotá Colombia, página 56.

¹¹ De Souza Santos Boaventura La Globalización del Derecho, Los nuevos caminos de la regulación y la Emancipación ILSA 1.999 Bogotá.

Este autor describe lo relativo a la denominada segunda internet, y dice que es de uso exclusivo de las fuerzas armadas. “Se trata de un sistema de vigilancia y análisis, basado en satélites, sensores, computadores y conectividad segura de banda ancha que le permitirá a los planificadores militares observar, monitorizar y responder ante movimientos incluso de fuerzas y armas muy pequeñas, observar y valorar batallas en tiempo real y hacer el seguimiento de páginas sospechosas de internet de todo el mundo, en busca de todo lo relacionado con el terrorismo, desde el entrenamiento hasta la producción de armas nucleares....” Cita a Peter Schwartz en el libro inevitable Surprises quien expresa “Dentro de cincuenta años, el conocimiento de la física, la biología, la química, la astronomía y quizás las ciencias de la tierra será inmensamente diferente del actual, mucho más diferente que el nuestro hace cincuenta años...”

Hay nuevos conceptos, tales como la convergencia de plataformas y servicios, acceso a banda ancha, comercio electrónico de bienes y servicios, en la banda ancha quien la usa demanda bienes y servicios en línea y con el Estado. Esta forma de contratación borra fronteras, por la internacionalización, elimina costos de transacción, temas todos, que a instancias de la O.M.C. / CENUPMI, ONU, Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional busca fomentar la armonización del derecho mercantil y expide normas modelo, de las cuales el legislador Colombiano extrajo la ley 527 de 1.999, conocida hoy como ley de comercio electrónico, en la cual convergen principios generales del Derecho, principios técnicos, la regulación de los mensajes de datos y la firma digital.

En este contexto, emergen normas de carácter adoptadas por los Estados para el desarrollo de relaciones privadas no solo entre connacionales si no entre nacionales de diferentes países. Son ejemplo muy reciente instituciones como la Lex mercatoria, y las normas de la organización mundial del comercio, los códigos tipo derivados de convenios como el de Roma de 1.980 UNIDROIT que busca una regulación uniforme en materia de contratos y la ley aplicable a cada uno de ellos¹², ver el modelo de la contratación estatal de la unión europea recientemente publicado por la Academia Colombiana de Jurisprudencia o el código de derecho privado tipo, la adopción de normas para todos los estados derivadas de los acuerdos en materia de protección del medio ambiente.

Hace contraste éste panorama arriba descrito, sin fronteras, con el desarrollo histórico del derecho, y para cumplir con este cometido, me referiré a los antecedentes remotos más próximos.

El derecho según los Romanos es dividido en dos grandes clases: El derecho jus publicum y el derecho privado jus privatum.

¹² Parra Rodríguez Carmen, El Nuevo Derecho Internacional de los Contratos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002

De esta gran clasificación derivan ramas para cada una de las dos clases del derecho del derecho, derivan el Derecho Constitucional, el derecho Administrativo, el derecho Penal, el derecho Procesal, el derecho de la hacienda Pública y el derecho Internacional. De la clasificación del derecho privado emanan el derecho Civil, el derecho comercial, el derecho laboral y el derecho Internacional Privado.

3. RAMAS DEL DERECHO

Constituyen Ramas del Derecho las siguientes:

1. DERECHO CONSTITUCIONAL: Rama del derecho que tiene por objeto estudiar El Estado y sus relaciones, define la estructura, órganos competencias, define las garantías y derechos de los gobernados.

El Derecho Constitucional se divide en Derecho Constitucional General y Derecho Constitucional Especial. El primero estudia lo relativo al Estado, el segundo las Constituciones de un Estado en particular.

2. DERECHO PENAL: Rama del Derecho que estudia la Teoría del delito, tipo Penal, las penas y medidas relacionadas en cada caso.
3. DERECHO ADMINISTRATIVO: Rama del Derecho interno que entre otras acepciones connota la que tiene como objeto ser la rama del derecho que tiene por objeto la regulación de la Administración pública, adelante profundizaremos.
4. DERECHO PROCESAL: Tiene como fin el estudio de las reglas jurídicas establecidas para orientar la actuación del operador administrativo o judicial según el caso en un procedimiento administrativo o judicial como atributo en el órgano judicial, define, principios, reglas, términos, derechos, garantías, decisiones, recursos y actuaciones, tenemos procesal Constitucional, procesal administrativo o contencioso administrativo, procesal penal, procesal civil, procesal laboral, procedimiento disciplinario, procedimiento fiscal etc. Los primeros corresponden al poder judicial los últimos son administrativos.
5. DERECHO DE LA HACIENDA PUBLICA: Estudia, el patrimonio del estado, los bienes económicos del Estado, los bienes fiscales, las fuentes de los recursos, las políticas que despliega la administración para su gestión, la valoración, tasas, impuestos, inversiones, las utilidades en las inversiones etc.
6. DERECHO INTERNACIONAL : Tiene por objeto el estudio de las relaciones jurídicas entre los diferentes Estados, las relaciones diplomáticas, los tratados y acuerdos internacionales, la estructura jurídica de los diferentes

organismos internacionales, las relaciones entre sí y con los países en particular.

RAMAS DEL DERECHO PRIVADO:

1. DERECHO CIVIL. Rama del derecho que estudia las personas, los bienes y derechos reales, la familia, las obligaciones, los contratos y sucesiones
2. DERECHO COMERCIAL. Rama del Derecho que permite determinar la condición de comerciante y define los actos de los comerciantes, su organización, los contratos comerciales, la organización de los comerciantes en sus diferentes tipos de sociedades, los títulos valores, el régimen de las quiebras y concordatos la negociación de acciones y títulos de forma directa o en el mercado bursátil, en síntesis el derecho comercial regula las relaciones y actividades comerciales y sus actores.
3. DERECHO LABORAL: Rama del derecho que estudia el contrato de trabajo, las relaciones laborales, las convenciones y pactos colectivos, la organización de los sindicatos y los diferentes gremios laborales y la seguridad social.
4. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Rama del derecho que estudia las relaciones jurídicas privadas cuando una parte es extranjera.

4. EL DERECHO

Volviendo a la clasificación románica, del campo del derecho tenemos el derecho constitucional, el derecho Administrativo, el derecho Penal, el Derecho Procesal, el derecho de la Hacienda pública el derecho internacional y desde luego el derecho comunitario y los derechos de frontera.

Para el tema que nos ocupa tomamos como referencia el derecho Administrativo en sus aspectos generales, en sus aspectos orgánico estructurales para entender su aplicación y relación con la administración pública.

5. EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Esta noción, es una noción que viene en permanente movimiento derivada del cambio permanente de los enfoques y desarrollo del Estado, la gestión de los servicios, la estructura y funcionamiento, las relaciones del estado con sus ciudadanos entre otros. A continuación presentaré una serie de conceptos de derecho administrativo, que recogen perspectivas y aspectos variados desde los cuales se mira esta disciplina en el ámbito del derecho comparado.

Para autores como Gastón Jeze, Roger Bonard y León Duguit, (Franceses), hay coincidencias en concebir el Derecho Administrativo como el conjunto de normas jurídicas que organizan la prestación y el control de los servicios¹³. Esta es una noción vinculada a la teoría del servicio vigente hasta la primera post guerra mundial.

Georges Vedel “Es el derecho de la potencia jurídica ejercida por el poder ejecutivo”

Los Autores Mexicanos Gabino Fraga y Andres Serra Rojas¹⁴, desarrollan conceptos del derecho administrativo que bien vale la pena resaltar varios de sus postulados, desde luego fundados en una forma de organización política del estado Federal así:

Gabino Fraga, catedrático de la UNAM sostiene que “El derecho Administrativo es la rama del derecho que regula la actividad del Estado que se realiza en la función Administrativa”.¹⁵

El profesor Mexicano Andres Serra Rojas sostiene que el “Derecho Administrativo es el conjunto de normas que estructuran al poder ejecutivo, su funcionamiento y sus relaciones con los particulares y con los entes s”.

En su libro Derecho Administrativo el profesor Serra R. ¹⁶citado por Roberto Báez, trae una definición calificada como de carácter formal así “El derecho Administrativo es una rama del derecho interno que determina la organización y funcionamiento de la Administración Pública, tanto centralizada como paraestatal”.

El mismo autor en una definición calificada como de orden material dice que “ El derecho administrativo es la rama del derecho interno, cuyo fin es la realización de actos subjetivos , creadores de situaciones jurídicas concretas o particulares”

Concluye el profesor mexicano. “El derecho Administrativo es la rama del derecho interno constituido por el conjunto de estructuras y principios doctrinales , y por las normas que regulan las actividades directas e indirectas de la Administración pública como el poder ejecutivo federal, la organización, funcionamiento y control de las cosas públicas, sus relaciones con los particulares , los servicios s y demás actividades estatales.”

¹³ Garcia Herreros Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo, Institución Universitaria Sergio Arboleda 1.994 Bogotá D.C. pag.8.

¹⁴ Báez Martínez Roberto. Manual de Derecho Administrativo Edit. Trillas México 1.990 pag.11.

¹⁵ Ibidem 5 pag. 12.

¹⁶ Rojas Serra Andres, Derecho Administrativo, Porrúa México 1.983 pag. 133

Los autores franceses, aportan en el concepto así:

Para Andre Hauriou “El derecho Administrativo es la rama del Derecho que rige:

- a) La organización de la Administración pública y de las diversas persona administrativas en las cuales aquella se materializa.
- b) Los poderes y los derechos que poseen dichas personas para manejar los servicios.
- c) El Ejercicio de tales poderes y derechos, el procedimiento de acción de oficio según la prerrogativa especial, y las consecuencias contenciosas que sigan.”¹⁷

Este concepto descuida de manera subjetiva la noción de organización empresarial propia de la administración pública, las personas que representan al estado, en ejercicio de sus funciones legales.

Clasificación Legalista: Sostiene que el derecho Administrativo es el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y funcionamiento del Poder ejecutivo”.

Esta definición no detalla el contenido de las normas ni la naturaleza de las organizaciones y su funcionamiento.

El profesor Jairo Ramos Acevedo¹⁸ (Colombiano), dice que “ Existen conceptos que se refieren al derecho Administrativo como el conjunto de leyes que tienen por objeto la organización y la materia propia de la administración. Censura este enfoque por que confunde al Derecho Administrativo como disciplina científica, con su propio objeto.

Individuos iguales que manejan servicios a favor de particulares, no hay derechos subjetivos y define el derecho administrativo como “el conjunto de reglas relativas a los servicios”.

Este razonamiento es muy restrictivo a la prestación de los servicios y excluye otras actividades desarrolladas por la administración.

Teoría de los servicios

En esta teoría nos encontramos con una concepción del derecho administrativo referido a la regulación de los servicios. Es un planteamiento análogo a la tesis realista de los mexicanos. El objeto de estudio del derecho administrativo rebasa

¹⁷ Obra cit. 5 página 9.

¹⁸ Ramos Acevedo Jairo. Cátedra de derecho Administrativo General y Colombiano, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, Bogotá D.C.

esa concepción, por cuanto la actividad administrativa del estado no solo tiene que ver con la prestación de servicios, se manifiesta en la atención y la interrelación con los ciudadanos, con acciones de impulso y fomento económico, con el cumplimiento de políticas públicas etc.

Tesis doctrinaria:

Dice que “El derecho Administrativo es el regulador de la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines”.

Lamentable es que este concepto confunde el derecho administrativo con otras áreas del derecho.

Teoría Objetivista:

Considera que la materia del derecho Administrativo está constituida por el estudio de la función administrativa. Esta tesis se olvida de la existencia de la estructura y las relaciones de los diferentes órganos del poder.

El derecho administrativo es el conjunto de normas jurídicas que estatuyen las relaciones del Estado con los particulares.

Es de destacar que al igual que la tesis realista, es muy restrictiva frente a las relaciones y descuida los fines, la prestación de los servicios y los derechos de los administrados.

El derecho Administrativo regula:

- a) La estructura y organización del poder normalmente encargado de realizar la función administrativa,
- b) Los recursos patrimoniales y financieros que la administración pública necesita para su sostenimiento y a fin de garantizar la regularidad de su actuación.
- c) El ejercicio de las actividades que el poder debe realizar bajo la forma administrativa,
- d) La situación de los ciudadanos respecto de la administración.

En concepto del profesor Jairo Ramos Acevedo.¹⁹ Es una disciplina científica del derecho, es una rama de la ciencia del Derecho, que estudia principios y normas relativos a la Administración Pública, que tiene “un aspecto subjetivo u orgánico y otro objetivo o de manifestación, por lo que estaremos ante la administración pública función..” En síntesis define “el Derecho Administrativo como la rama de la ciencia del derecho que estudia los principios y las normas que regulan la

¹⁹ Obra citada 8.

organización y la actividad de la administración pública, los medios para realizarla y las relaciones que generan..”

Libardo Rodríguez R.²⁰ (Colombiano) define el derecho administrativo como “..el derecho de la Administración... .”

Gabriel Rojas Arbelaez (Colombiano), “Es la rama del Derecho interno que estudia la organización y la actividad de la Administración pública sub razione legis (bajo la razón de la ley).”²¹

El profesor Orlando Garcia Herreros (Colombiano), dice que “El estudio y la estructura y de la actividad de la administración pública forma parte de la temática del derecho Administrativo. Como que él tiene entre su objeto el régimen jurídico de esa administración y de la función administrativa que ella cumple”²² (lecciones de derecho administrativo, institución Universitaria Sergio Arboleda 1.994)

6. ADMINISTRACION PÚBLICA

El profesor Español, Manuel María Díez dice: “La Administración Pública se estudia desde el punto de vista jurídico, por el Derecho Administrativo, y desde el punto de vista no jurídico por la ciencia de la Administración.”²³

Si lo miramos desde el punto de vista Etimológico, debo señalar que Administración es un vocablo fundado en el latín, según el cual se forma de las palabras “ad” y “ministrare” (servir); según otros de la contracción de “admnus trahere” (traer a las manos, que da la idea de gestión.

Los autores Estado Unidenses George Terry y Stephen Franklin²⁴ dicen que “la Administración es un proceso muy particular consistente en las actividades de planeación, organización, ejecución y control, desempeñadas para determinar y alcanzar los objetivos señalados con el uso de seres humanos y otros recursos”. le dan la connotación de ciencia y arte.

El profesor Brasileiro Idalberto Chiavenato²⁵ dice que “la palabra Administración viene del latín *ad* (dirección, tendencia) y *minister* (subordinación u obediencia) y significa cumplimiento de una función bajo el mando de otro; esto es, prestación de un servicio a otro. Sin embargo el significado de la palabra sufrió una radical transformación. La tarea actual de la administración es interpretar los objetivos propuestos por la organización y transformarlos en acción organizacional a través de la planeación, la organización, la dirección y el control de todos los esfuerzos

²⁰ Rodríguez R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis. Bogotá 2001, pag. 11.

²¹ Rojas Arbeláez Gabriel, El espíritu del Derecho Administrativo. Edit. Temis Bogotá 1.985 Página 4.

²² García Herreros Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo. Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá 1.994 pag. 11.

²³ Citado en ob. Cita 12 pag. 11.

²⁴ Terry George y otro. Principios de Administración CECSA MEXICO 1.985. página. 22.

²⁵ Chiavenato Adalberto. (Introducción a la Teoría General de la Administración McGrawHill Bogotá 1.995)

realizados en todas las áreas y niveles de la organización , con el fin de alcanzar tales objetivos de la manera más adecuada a la organización”.²⁶

Adelante presenta número plural de teorías administrativas y resalta que el significado y contenido de la administración experimentan una formidable ampliación y profundización en las diversas teorías.

Libardo Rodríguez, retomando al profesor Jean Rivero (Derecho Administrativo General y Colombiano Temis, Bogotá 2001). Dice que “Desde un punto de vista muy general y corriente, la palabra Administración tiene dos sentidos.

1. “Sentido material o funcional. Se refiere a la actividad consistente en manejar una entidad, negocio o empresa. Así decimos por ejemplo que en determinada entidad existen problemas de administración, para significar que el manejo de esa entidad no es llevado correctamente..” luego hace alusión a las prescripciones del código de comercio relacionadas con la administración y representación de la sociedad y la dirección y administración.

2. “Sentido orgánico. Hace relación a los órganos o personas que manejan la entidad, negocio o empresa. Por ejemplo, se habla de los órganos de administración, para referirse a una junta directiva, a un gerente, etc.”²⁷

Jean Rivero ²⁸ “La palabra Administración entendida en los sentidos generales analizados, se utiliza tanto en el sector privado como en el...”. Si tenemos en cuenta esta afirmación, nos encontramos ante el doble uso de la expresión en nuestro medio en expresiones coloquiales como la administración privada tiende a ser más eficiente que la pública, o la administración pública se transforma y se hace más competitiva o en las clasificaciones de las carreras académicas, se hace una clara distinción de la Administración de empresas y la Administración Pública, con orientaciones en cuanto a la formación profesional o técnica hacia la una o la otra.

Lo anterior obliga a establecer líneas divisorias del campo de aplicación tanto de las unas como de las otras que a continuación se expresan:

7. LA NOCIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Esta noción permite establecer varias acepciones:

1. Desde el punto de vista material o funcional.
2. Desde el punto de vista orgánico, según Libardo Rodríguez

²⁶ Idem cita 18

²⁷ Obra citada. 10.

²⁸ Obra citada en cita 10 y 16.

MI CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

Partiendo de algunos de los conceptos en cita y desde un punto de vista más integrador, la noción de derecho administrativo exige su inscripción material y dinámica en el contexto de la administración es por ello que entiendo esta rama del derecho en los siguientes términos.

“El derecho Administrativo, es la rama del derecho interno que regula y contiene disposiciones legales y reglamentarias especiales para.

- a) La organización, estructura y funcionamiento de la Administración Pública en sentido amplio,
- b) La prestación de los servicios a cargo del Estado. De forma directa o en colaboración con los particulares,
- c) El cumplimiento de todos los fines y cometidos del Estado a través de políticas públicas, planes de desarrollo de contenido General, sectorizado, territorial, descentralizado o desconcentrado, las acciones de los servidores o de las organizaciones que contribuyen a tales fines.
- d) El régimen de derechos, garantías y obligaciones de los ciudadanos y del estado para con estos.
- e) Los, actos, contratos u operaciones de los operadores judiciales, legislativos o administrativos, y controladores según el caso para cumplir la constitución ley o reglamento en el marco del estado social o de derecho.”

8. DIFERENCIAS Y SEMENJANZAS ENTRE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ADMINISTRACION PRIVADA

Es útil establecer diferencias entre administración pública y la privada, por cuanto estas constituyen un ejercicio del componente ontológico del derecho administrativo y de ésta manera se puede entender con mayor precisión nuestro concepto y el contexto en el cual se desenvuelve.

DIFERENCIAS:

La Administración Pública se diferencia de la privada en varios sentidos así:

1. En cuanto a los fines: La administración pública se orienta al interés general, en tanto que la administración privada se orienta a fines particulares de los socios, fundados en la utilidad.

2. En cuanto a la naturaleza de los recursos: En la Administración pública los recursos son sociales, en la Administración Particular, los recursos son privados.
3. En cuanto a los medios: La Administración pública se funda en las potestades del Estado, en tanto que la privada en sus propios medios.
4. En cuanto a las personas: La Administración Pública funda sus acciones con personas que tienen el carácter de servidores s, en tanto que la privada con personas particulares.
5. En cuanto a los controles: En la Administración Pública se encuentra ante controles del Ministerio , las Contralorías, el control político, el control de tutela y el control social, además del control interno, en tanto que la privada lo hace a través de sistemas de auditorias internas, los informes a las asambleas o juntas directivas y revisorías fiscales.
6. En cuanto al régimen jurídico de las organizaciones: En el ordenamiento Colombiano, el régimen jurídico de las personas se encuentra regulado por disposiciones de Derecho, Constitucional, Administrativo, Penal, Hacendatario etc. En tanto que el régimen jurídico de la administración Privada, se rige por disposiciones del derecho privado, esto es del derecho civil, comercial, laboral e internacional privado.
7. En cuanto a la forma de organización: la organización Estatal, tiene un ordenamiento formal, ésta estructurado conforme a disposiciones legales y reglamentarias, la administración privada, a pesar de tener unas reglas formales mínimas puede adecuar su estructura a las necesidades, tamaño y propósitos.

SEMEJANZAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA ADMINISTRACIÓN PRIVADA:

Así como observamos diferencias, rápidamente encontramos semejanzas entre las dos disciplinas y su ejercicio así:

1. En cuanto al funcionamiento: Estas dos formas organizacionales imprimen el funcionamiento dependientes de la perspectiva Gerencial que se oriente.
2. En cuanto a los medios utilizados: Recursos Humanos, Físicos, técnicos y financieros.
3. En cuanto a los aspectos científicos y técnicos: Las dos disciplinas se valen de las múltiples aplicaciones de la ciencia.
4. Tanto la primera como la segunda se rigen por principios que aplican a las dos disciplinas.

9. LA TEORÍA DEL ESTADO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO:

Con el fin de involucrar nuestro concepto de derecho Administrativo no solamente en el orden administrativo o desde las perspectivas del derecho comparado o de la colombiana, encuentro apropiado examinar los siguientes conceptos.

9.1 El Estado de Derecho:

Es la noción que se superpone a la noción subjetiva del derecho predicada por la Monarquía Francesa que llegó a predicar la expresión el Estado soy yo de Luis XIV, prescripción que supuso la existencia de reglas de derecho sujetas al ordenamiento de un sujeto, el Monarca.

Con la revolución Francesa nace un nuevo régimen de Estado en el cual se divide el poder en ramas del poder, el monarca sede su sitio a tres órganos del poder, el ejecutivo, el legislativo el judicial, la orden y prescripción monárquica sede su sitio a la ley que regula y ordena, y las acciones del Estado se sujetan a la Constitución y la ley no a los criterios subjetivos del gobernante, hay un régimen de derechos y garantías Constitucionales e individuales.

9.2 La Teoría del Servicio:

El profesor Gustavo Penagos en su obra El Servicio, a propósito de la explicación de la doctrina clásica del servicio señala que "Los tratadistas del derecho administrativo y a jurisprudencia de principios del siglo XX, creyeron encontrar la unidad de esta disciplina en la noción de "servicio".²⁹

Comenta que "para los autores que sostenían esta tesis (Duguit y Jeze), la diferencia esencial entre la actividad de los particulares y la actividad pública residía en el hecho que ésta última se consagraba totalmente a satisfacer totalmente el interés general, es decir los servicios. Desde entonces el derecho administrativo, se definía como el derecho de los servicios".³⁰

Se reitera esta tesis con la cita que hace del profesor León Duguit quien afirma que "El fundamento del derecho no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios. El derecho es el derecho objetivo de los servicios. Así como el derecho privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el derecho no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, si no que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios."³¹

²⁹ Penagos Vargas Gustavo. El Servicio. Primera Edición. Ediciones Ciencia y Derecho Editorial Retina Bogotá 1.995.

³⁰ Obra citada 18 páginas 17 y 18.

³¹ Obra citada 18 página 20

Como corolario de esta tesis, siempre se ha venido sosteniendo que superó la tesis de la separación de los actos de poder y de los actos de gestión que siempre sirvieron de punto de partida en la etapa posrevolución Francesa en la doctrina y la Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés. De otra parte ésta tesis mantiene vigentes varios ingredientes en todo el ordenamiento jurídico en América latina como lo veremos en el capítulo de los principios que rigen el Derecho Administrativo y como si fuera poco fue ampliamente divulgada en nuestro orden jurídico, hasta el punto de llegarse a pensar en el derecho administrativo como el derecho de los servicios y el régimen de todas las actuaciones por orgánicas que fueran, siempre tenían el carácter de públicas por lo que cualquier actuación independiente de su naturaleza en los servicios tenía como connotación de ser una actuación dentro de los marcos del derecho administrativo.

9.3 Teoría del Estado Social:

“El Estado social de derecho continúa reuniendo las características y exigencias que se han definido como propias del Estado de derecho: Imperio de la ley, formalizada como tal por el órgano popular representativo, separación de poderes, legalidad de la administración y garantía de los derechos y libertades fundamentales”.³² Díaz Elías Estado de Derecho y Sociedad Democrática.

García Pelayo define Estado Social de Derecho como “el intento de adaptación del Estado tradicional a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos”³³

Si examinamos las constituciones Contemporáneas de Alemania del 23 de mayo de 1949 artículo 20 numeral 1. dispone: “..la República Federal Alemana es un estado Federal Democrático y Social...”. El artículo primero, dice “la dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder ..”. Dos conceptos, dos normas dos tesis lideran la naturaleza de este orden jurídico, obra a manera de imperativo en este orden jurídico.

El artículo 1 de la Constitución Política Española, estructura la noción de (Estado Social y Democrático de Derecho).

Con el fin de complementar el análisis transcribimos lo pertinente en la constitución política de Colombia en el artículo primero, el cual dispone:

“ART. 1º—Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades

³² Madriñan R. Ramón cita Elías Díaz Estado Social de Derecho, Madrid Editorial Taurus Humanidades Octava edición Madrid 1.986 pag.85.

³³ García Pelayo Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo Edit Alianza Madrid 1.994, pág 18.

territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”.(subrayado es mío).

En consecuencia esta noción de origen constitucional se impone como regla de derecho que se aplica en el derecho administrativo, descende del orden Constitucional al orden y aplicación legal y subjetiva en la actuación de la administración, se encuentra encarnada en ella.

A continuación expondremos algunas subclasificaciones del Estado Social de Derecho.

9.4 El Estado Social de Derecho Estado Providencia:

En esta tesis se retrotrae el concepto a la posguerra (Segunda Guerra mundial) La idea del Estado social se impone en muchos países, Alemania, Francia, Italia, Inglaterra Estados Unidos y más recientemente España, la noción obra a manera de intermediación del Estado liberal de Derecho frente a la noción del Estado de derecho de los países del bloque de Europa Oriental liderado por la Ex Unión Soviética.

Tomando a Lucas Verdú “El calificativo social, quiere hacer referencia a la corrección del individualismo clásico liberal a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de justicia social, al lado de los derechos de libertad aparecen los derechos sociales y como meta la consecución de un bienestar social que configura al Estado Social de Derecho como el Welfare State y como Estado Material de Derecho frente al carácter meramente formal”.³⁴

9.5 El Estado Social de Derecho: Fórmula Dialéctica:

Esta clasificación es tomada del texto el Estado Social de Derecho del Doctor Ramón Eduardo Madriñan, quien postula en este caso que quien plantea el tema es el doctor Elías Díaz, alude a la Constitucionalización del “Estado Social y Democrático de Derecho”, como modelo que implica la superación dialéctica del Estado, estipulación que se encuentra consagrada en el artículo primero de la Constitución Española. Lo dialéctico emula como superación cualitativa a la noción de Estado de Derecho.

9.6 El Estado Social de Derecho: Formula Socialista:

“Ángel Garronera diceconsideraba entonces y básicamente sigo considerando ahora que, si bien es posible admitir que la disposición de la fórmula Estado social y Democrático de derecho, tal como ha quedado finalmente en nuestra constitución, haya estado influida por tales esquemas teóricos, sin embargo..... , lo cierto es que el artículo primero no constitucionaliza ni podrá Constitucionalizar”,

³⁴ Ciado por Ramón Eduardo Madriñan 21.

“la sucesión del Estado Social de Derecho”³⁵ “...por un tipo históricamente posterior y superior de Estado, y concretamente por el Estado Democrático de Derecho, entendido como la réplica institucional de una concepción socialista y solidaria de la democracia”.³⁶ La acepción democrática en su sentido más estricto es eminentemente socialista.

9.7. El Estado Social de Derecho como fórmula a favor de la libertad humana:

Karl Doering postula que “La libertad y la igualdad han estado siempre en una relación de contradicción. El perfeccionamiento y estricta aplicación preferente de un principio formal de igualdad, tiene como consecuencia necesaria la limitación de la libertad, ya que restringe las posibilidades de despliegue de ésta. La proyección de la personalidad en la libertad, conduce de otra parte, a la desigualdad. La idea de que solamente la fraternidad puede introducir una armonización de estas contradicciones surge inmediatamente, ya que la fraternidad parece igualmente idónea para fomentar una cierta renuncia a la libertad, así como también la renuncia a un tratamiento igualitario sin matices. El conflicto entre libertad e igualdad continúa, todavía no ha sido clarificado por la doctrina, lleva como resultado a la afirmación de que El Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho se encuentran en una relación de contradicción.

Relación de conflicto que lleva necesariamente a una recíproca limitación de los fines del Estado..”³⁷ No obstante es de recibo examinar lo previsto en el artículo segundo de la Constitución Alemana, “2. 1. Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral” “2. ... la libertad de la persona es inviolable. Estos derechos solo podrán ser coartados por una ley”. El Estado puede imponer restricciones al ejercicio de esta prescripción, pero solo por mandato legal.

9.8 El Estado Social de Derecho como fórmula a favor de la Dignidad de la persona:

El autor Español José Ramón Cossío, en su formulación los términos Estado Social y Estado de Derecho recogen valores materiales distintos (igualdad y libertad), y al hacerlo de inmediato topamos Incompatibilidades. Mientras que con el Estado de derecho se quiere desplegar una idea de libertad al margen actuaciones estatales, el Estado Social requiere de ellas para superar determinadas desigualdades. Es por esto que la actuación a partir de una sola cláusula puede significar la disminución o anulación de la restante. Igualmente, la

³⁵ Garronera Morales Ángel. El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Tecnos Madrid 1.992. cit. Madriñan Eduardo. Ibidem.

³⁶ Garronera Morales Ángel, El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Tecnos, Madrid 1.992 págs 224 y 225.

³⁷ Doering Karl. Estado Social, Estado de Derecho y orden Democrático, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1.986, página 122.

elevación de cualquiera de éstas cláusulas a un carácter absoluto genera una situación de parálisis en el ordenamiento al no poderse restringir ninguna de ellas por extensión de las otras”³⁸

Aquí el profesor Cossío le apunta a la definición de la contradicción incorporando un elemento de preferencia que se encuentra en el numeral 10. 1 de la Constitución Española según el cual “la dignidad de la persona” es el fundamento del orden político. O al orden Alemán, consagrado en el artículo primero que hace de esa dignidad del hombre una obligación de todo poder.

Por lo que concluye que la igualdad como la libertad, se encuentran en función de la dignidad humana.

9.9 El Estado social de Derecho como principio nuclear del ordenamiento

Principales Características del estado social de derecho:

- La Realización de la Igualdad a través de la procura de un mínimo existencial.
- Procura del Orden Económico.
- Procura del Orden Social

Por supuesto, la aplicación de la noción de Estado Social de Derecho en el Ambiente de la Administración Pública, en la perspectiva del Derecho Administrativo, la Administración Pública debe concretar su orientación a los postulados orientadores de la forma de Estado Social y Democrático de Derecho en su acepción clara de las perspectivas, que para nuestro análisis es el Estado Social de Derecho, debe plasmar su accionar en la realización de la Igualdad a través de la procura de un mínimo existencial, la procura del Orden Económico y la procura del Orden Social y la procura de un orden político en la función de la participación y la justicia.

De entrada basta con solo preguntarse como atender un derecho de petición en torno al tema más sentido de una comunidad o de un derecho fundamental de una persona frente al reglamento de un hospital particular?

Desde luego que con solo referirse al derecho de petición estamos ante un derecho fundamental que la ley hace imperativo atender pronta y cumplidamente. Si el derecho de petición es de interés general, de la misma manera impera la obligación de la entidad pública y del servidor atenderlo. Si estamos ante un derecho fundamental de una persona por ejemplo el derecho a la vida por encontrarse en una situación de extrema gravedad con respecto a un reglamento hospitalario. Impera la dignidad humana o un derecho de tanto valor frente al

³⁸ Cossío Díaz José Ramón. Estado Social y Derechos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1.989 pag 36.

reglamento.(ver múltiples sentencias de la Corte Constitucional.. sobre el tema dignidad humana, fórmula a favor de la persona).

10. OTRAS CARACTERIZACIONES DEL ESTADO

10.1 El Estado Neoliberal:

Acoge algunos criterios y postulados en los cuales centró su accionar el Estado Demoliberal, un Estado fundado para crear seguridad, un Estado con un órgano Ejecutivo, legislativo y Judicial, un importante sistema de cárceles, un equipo de recaudadores de impuestos una Policía, en síntesis un Estado con una población pequeña de actores y espacios de acción y la libertad de las fuerzas del mercado en lo Económico como fuerza motriz de las relaciones productivas y sociales.

10.2 El Estado Regulador:

El papel del Estado en los últimos doscientos años a cambiado varias veces, partiendo del Estado demo liberal fuertemente consolidado, las crisis de los años treinta del siglo XX, que evidenciaron fallas del mercado y de comportamientos macroeconómicos, impuso al Estado la facultad de intervenir y liderar, con el fin de dinamizar la Economía a través de la generación de fuentes de producción, empleo para atender demandas sociales. No es de olvidar los postulados que guiaron la forma de superar la crisis en el teórico John Maynard Keynes, el control de las fuerzas del mercado, el pleno empleo y el crecimiento. Lo anterior “..Impuso la creación de nuevos órganos del Estado, e instituciones complementarias del mercado y políticas monetaria, fiscal, y manejo de variables macroeconómicas al Estado”³⁹. El Estado crece, se vuelve empresario, administra servicios s, acude al expediente del endeudamiento para la creación de obras de infraestructura con la finalidad de dinamizar el crecimiento económico.

De otra parte se conoce un claro rezago en el logro de los objetivos del desarrollo social, la cuestionable operancia del Estado como empresario, pernean el ambiente fenómenos de inflación y endeudamiento externo, fenómenos que ponen en cuestión las funciones del Estado Interventor. Este es el marco teórico y político para hablar del mercado como mecanismo que brinda las opciones del desarrollo y crecimiento, entonces fenómenos de descentralización administrativa, política y fiscal, acompañan condiciones de eficiencia en la formulación de política Económica, aparece el fenómeno de privatización de servicios s, el concepto de servicio visto en una perspectiva de equidad y servicio social, cambia conceptualmente a la perspectiva individualista que se impone a la sociedad y a los valores de la gestión de las empresas públicas, pasamos del subsidio a la oferta por el subsidio a la demanda y surge la noción de reforma del Estado y de modernización, como condición necesaria para consolidar el nuevo roll del Estado.

³⁹ CRA Comisión de regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, El estado de Arte de la Regulación, Jaime Salamanca León. Tercer Mundo editores, 2001 Bogotá, página 86.

La anterior variación en el papel del Estado, se alimenta con la idea de que el particular es tanto o más eficiente que el Estado para solucionar las fallas del mercado, el Estado pierde protagonismo y se vuelve un actor subsidiario de la acción del mercado y se convierte en un promotor de la participación del sector privado, baste con revisar disposiciones en artículos 333, 365, 367 y 370 de la Constitución política de Colombia.

En la materia estrictamente regulacionista debo señalar que, el Monopolio que fue del Estado se puede ver desde un enfoque del interés o desde el enfoque del interés privado a partir de las fallas del gobierno.

La regulación y las fallas del mercado se pueden examinar desde la competencia directa del mercado en materia de servicios así:

1. competencia por el monopolio, 2. La amenaza de entrada. 3. competencia por referencia.

Jurídicamente, los mecanismos anteriormente mencionados se pueden percibir en las prescripciones de la ley 142 de 1.994 que los acoge sin ninguna dificultad.

La regulación del comportamiento de las empresas, se puede examinar de las siguientes formas:

1. Regulación por la tasa de rentabilidad.
2. Regulación por índice de precios.
3. Regulación por eficiencia comparativa
4. Regulación Estructural en aras de la eficiencia, basados en la reestructuración horizontal o la vertical para ganar competitividad en el mercado.

11. LAS HUÍDAS

Diferentes factores inciden sobre el pensamiento de huir, significado que en derecho en términos de una taxonomía clásica antes enunciada el derecho no es estático ni anclado en un paradigma estrecho, por el contrario debe tener la virtud de su adaptación, sin perder la seguridad reguladora en el individuo y a la sociedad, es por lo tanto importante resaltar como se presenta este fenómeno de las huídas, fenómeno que expresa una tendencia de pasar de una gran incidencia de fenómenos privados que deben ser objeto de una regulación por lo y de una situación compleja de situaciones jus publicistas que regulan situaciones privadas, donde por ejemplo en términos económicos se habla de que "...cuando se dan fallas del mercado, la teoría Económica prescribe que el papel que ha de

desempeñar el gobierno consiste en intervenir de forma que las corrija y que restablezca o reponga las condiciones necesarias para implantar nuevamente la eficiencia económica...”⁴⁰

El profesor Gaspar Ariño O.⁴¹ Explica este fenómeno jurídico a partir de las siguientes consideraciones:

1. “..Al analizar la relación que siempre existe entre Derecho y Economía es obvio que también el derecho económico no sale de la nada, sino que se configura en función del sistema económico sobre el que se proyecta y del que es emanación..” Citando a Galán Corona, en el prologo al mercado.⁴²
2. En un modelo de Estado y Administración Económica la noción de Estado social y Democrático de Derecho encierra tres conceptos:
 - i. “Estado de Derecho, que significa esencialmente tres cosas: a. Respeto a los Derechos fundamentales y libertades públicas, anteriores al estado y a la ley; b. sumisión plena de la Administración a la ley y al ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, subordinación del acto a la norma, inderogabilidad singular de los reglamentos, principio de tipicidad del acto administrativo etc., y c. Control judicial a través de tribunales independientes.”
 - ii. “Estado Social que significa la asunción por el Estado de una serie de fines y funciones de asistencia vital al ciudadano, de procura existencial en los términos contenidos en la constitución. Todo lo cual genera un gran protagonismo estatal en la economía y en la prestación de servicios sociales.”
 - iii. “Estado Democrático, que significa una real presencia y participación de los ciudadanos a través de sus entidades representativas (entidades sociales, no partidos políticos) en los centros de decisión del gobierno y la Administración ...”⁴³
3. La privatización del Estado. La huída del Derecho privado por parte de las administraciones públicas. Sobre la base de una búsqueda de “eficacia” palabra mágica. Privatización frente a la politización.
4. “Existen tres vías fundamentales en las que se ha manifestado la tendencia de la huída del Derecho Administrativo respecto de la actuación del Estado:

⁴⁰ Ibidem 31 página 102.

⁴¹ Ariño Ortiz Gaspar, Principios de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia, 2003, Bogotá

⁴² Ibidem 33 página 61.

⁴³ Ibidem 33 página 87.

primero, a través de la empresa pública; en segundo lugar, a través de la utilización de formas y régimen jurídico privado para la realización de actividades típicamente administrativas; y en tercer lugar a través de la privatización del propio derecho administrativo....”⁴⁴

En Colombia, no es descontextualizado aquel análisis donde se pone de presente la huída general al derecho privado de las organizaciones públicas, tema que veremos en detalle más adelante y del cual no escapa la administración pública colombiana, a instancias de los diferentes procesos de reforma subsiguientes al año 1.994, fecha en que se protocoliza el consenso de Washington, liquidaciones de Infopal, ICCE, procesos de reforma a la Administración Pública en lo nacional y la transferencia de reglas de gestión y políticas a lo territorial, ver ley 14 de 1.983, reforma Constitucional de 1.986, elección popular de alcaldes, disposiciones de fortalecimiento a los Municipios y Departamentos, leyes 11 y 12 de 1.986 y decretos reglamentarios en las que se transfieren competencias políticas y tributarias, los decretos 1222 de 1.986 régimen departamental y 1333 de 1.986 régimen municipal, reformas de la administración pública nacional a instancias del artículo 20 transitorio de la Constitución, en 1.992, las reformas que se despliegan a instancias de la ley 344 de 1.996 no solo con formas estructurales si no con componentes laborales, no menores las del año 1.998 y siguientes fundadas en la ley 489 de 1.998 y la ley 790 de 2002. Las disposiciones relativas a la distribución de competencias, a los departamentos y municipios y en materia de servicios domiciliarios, el sector telecomunicaciones y eléctrico, no escapan ante estos eventos, la salud, la educación y el trabajo entre otros.

Ahora bien, no es nada desatinado nuestro comentario sobre la intervención del Estado como parte de la huída jus publicista, en la que ante las imperfecciones del mercado, finalmente es el Estado quien pone orden Económico a través del Derecho.

En este momento del debate no dejo pasar desapercibido el análisis según el cual por parte del analista Barri Bozeman en “todas las organizaciones son públicas.”⁴⁵ Introduce un debate muy importante, en cuanto que abre la división sobre las líneas divisorias según el cual, “...Por lo general, las organizaciones públicas y las privadas se perciben como si fueran esencialmente distintas. Sin embargo, las privadas a menudo tienen rasgos propios de las públicas: pueden estar reguladas por el sector, por ende sujetas al escrutinio o recibir fondos del gobierno. Al mismo tiempo las organizaciones gubernamentales al igual que las privadas, se regulan cada vez más por las fuerzas del mercado y trabajan de manera activa en la búsqueda de beneficios.”⁴⁶

⁴⁴ Ibidem 33 página 94.

⁴⁵ Barri Bozeman, TODAS LAS ORGANIZACIONES SON PÚBLICAS, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración pública, Fondo de Cultura Económica, México 1.998.

⁴⁶ Idem 38.

Esta afirmación obliga al Administrador a repensar su posición sobre lo público y lo privado y la responsabilidad jurídica que en cada caso se asume por cada uno de los actores.

El derecho juega aquí un papel protagónico, hasta el punto de hablarse hoy de un derecho de frontera, no hay límite perfectamente definible, hasta el punto de encontrarnos en escenarios propios del derecho privado cuando aludimos al principio de la autonomía de la voluntad en el contrato y en actos eminentemente reglados en los procedimientos de selección de los contratistas, en actos sancionatorios, y a los particulares, donde el Estado interviene y sanciona y en otros casos regula.

12. ORIGEN Y ESTADO ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para integrar lo conceptual, con lo analítico y lo histórico, nos corresponde mínimamente hacer una ligera presentación del accionar dinámico del derecho administrativo en el derecho comparado.

12.1. SISTEMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En la historia reciente del mundo jurídico se ha presentado una gran dicotomía respecto del sistema al que debe someterse la Administración Pública. Sabido es que las grandes corrientes jurídicas vigentes en la actualidad del mundo occidental han tenido su génesis y desarrollo en el continente europeo. Nuestro sistema jurídico proviene de ese origen, especialmente, el derecho administrativo Francés, el cual se fundamenta en las lógicas y el entramado conceptual construido en el viejo continente.

12.2. PARTICULARIDADES DEL DERECHO FRANCÉS

Indagando la razón de ser de nuestro derecho administrativo, observamos que este proviene del derecho francés, que, responde a una determinada forma de entender la manera como se deben regular las relaciones entre los ciudadanos y el poder.

El derecho Administrativo Francés fue forjado a través de análisis casuísticos que moldearon jurisprudencialmente umbrales y preceptos propios, se consolidó como consecuencia directa de la transición histórica entre el pensamiento absolutista y el revolucionario liberal, y de las luchas de intereses entre la naciente burguesía y la decadente monarquía.

Como ejemplo de lo anterior, el monarca dejaba los conflictos civiles en manos de jueces cuyos cargos eran considerados propiedad privada y eran heredados a sus descendientes, configurándose como una aristocracia ilustrada independiente del monarca y adinerada. Los jueces tenían a su cargo la función registrar o cumplir las leyes del soberano, sin embargo como muestra del naciente poder de la

aristocracia hacían caso omiso a varias disposiciones, especialmente las reformas tributarias de una monarquía al borde de la bancarrota que iban en desmedro de los intereses burguesas.

No obstante la administración monárquica se entendía a ella misma como órgano judicial para conocer las controversias de ella con los particulares, convirtiéndose en un reducto, en donde el soberano podía imponer libremente su criterio⁴⁷, apoyándose en un organismo colegiado que preparaba la solución a cada conflicto para que el monarca tomara la decisión final. Este modelo sobrevivió a la época post revolucionaria y el papel del monarca fue tomado por el primer cónsul y fue conocido como justicia retenida. Este fue el cimiento del derecho y la jurisdicción contencioso administrativa, el órgano colegiado era llamado Consejo de Estado, el cual tenía la doble función de ser órgano consultivo del gobierno y e instancia judicial hasta 1872, cuando se instituye como tribunal autónomo e independiente del poder ejecutivo para conocer lo contencioso administrativo, entendido éste como justicia delegada.

Así pues, la realidad histórica de la nación francesa, obligó a diferenciar entre las controversias provenientes de las labores privadas de los ciudadanos, y las de éstos con el Estado, resultando, por consiguiente, inocuas las raíces del derecho romano o común, conllevando a la formación jurisprudencial de los principios básicos del derecho administrativo, para ser entendido como un universo aparte. Para los franceses, resultaba sustancialmente diferente la lógica y los fines contenidos en los actos privados entre particulares, en contraposición a los del Estado, que emitía actos propios de la función administrativa, sometidos a una normatividad y formalismos especiales que se creían per-se ajustados a derecho, y por tanto obligatorios y ejecutables coactivamente sin intervención judicial, cuyo fin por excelencia era el de satisfacer el interés general de la comunidad y garantizar los derechos individuales.

Estos solo se podía lograr a través de la independencia y de la autonomía de una rama del derecho específica y de un tribunal especializado (Consejo de Estado), que garantizara la imparcialidad entre los argumentos de la administración pública y los particulares dentro de un litigio, para lo cual se debían otorgar a los particulares ya no solo las acciones civiles, sino medios de acción y de defensa especiales respecto a los posibles excesos y desvíos de poder de una organización que determinaba la vida de todos los habitantes de un territorio, el Estado, el cual era visto ahora, como posible destinatario de responsabilidades patrimoniales. Con el tiempo, siendo la legalidad uno de las bases de la república francesa, y siguiendo la tradición codificadora justiniana, los nuevos principios y reglas fueron positivizadas por el legislador, dándole existencia plena al derecho administrativo.

⁴⁷ Aclarase que los actos provenientes por resolución propia y directa del Rey eran inatacables, pero cuando éste se pronunciaba a petición de parte o se trataban de actos provenientes de sus subalternos, si eran susceptibles de queja por parte de lo ciudadanos quienes podían acudir directamente ante el monarca.

12.3. PARTICULARIDADES DEL DERECHO ANGLOSAJÓN

En todo sistema humano, el sentir de las naciones es diferente en razón a la manera como se afronta la realidad, y por eso, la otra forma de ver el sometimiento de la administración pública al derecho es el sistema anglosajón, desarrollado en lo que hoy es Inglaterra. Para ellos, la administración pública no estaba sujeta a reglas especiales, sino al derecho común, por tanto, las controversias de ella con los particulares debían ser ventiladas en sede de la jurisdicción ordinaria, siendo esto, en su entender, más garantístico ya que actuaban en igualdad de condiciones. Rasgo definido de este sistema es el llamado *common law*, cuya traducción literal es derecho común, alimentado por las reglas de la experiencia que dicen lo que es justo y lo que no, reforzado por fórmulas expuestas en la solución de controversias en casos precedentes, la equidad, y por estatutos donde se recrean dichos precedentes; en otras palabras, este sistema tenía su principal fuente en la costumbre, la cual, al ser pública reiterada y uniforme, de ahí que carezcan de constitución escrita y el derecho no sea dinamizado por el legislador sino por los jueces en forma jurisprudencial, dicha costumbre, sí, se probaba ante un tribunal ordinario anglosajón, el juez simplemente declaraba su existencia y le reconocía fuerza imperativa y vinculante.

Esa gran conciencia de lo intangible, de lo justo e injusto, permite que, sin importar la clase de controversia que se trate, existirá siempre la supremacía del derecho común, y por tanto la sumisión de todos los estamentos de la sociedad a ese derecho y a sus tribunales ordinarios.

Recapitulando, observamos que, tradicionalmente hasta nuestros días, los rasgos diferenciadores del sistema francés o continental con el inglés o anglosajón, son la existencia, en el primero, de leyes y jueces especiales en función de las relaciones y controversias entre el Estado y los particulares, es decir, una dualidad de jurisdicción; mientras que, en el sistema anglosajón, estos aspectos son regidos por leyes comunes derivadas de la costumbre y del sentido común, y los conflictos son sometidos a jueces ordinarios sin ninguna diferenciación respecto de las controversias típicamente privadas. Es decir, las autoridades públicas están sometidas a la ley común entendido como un sistema general que integra reglas para todas las situaciones, tanto de derecho como de derecho privado⁴⁸, o sea, una unidad de jurisdicción.

El sistema francés también es de sometimiento de las autoridades al derecho pero a leyes y jueces especiales.

⁴⁸ No obstante se aclara que hoy en el sistema anglosajón existen comisiones especiales derivadas del ejecutivo especializadas en diferentes temas de carácter administrativo, sin que esto llegue a significar la ruptura del principio de unidad de jurisdicción ya que las decisiones de esas comisiones son revisadas por los tribunales ordinarios, siguiéndose la regla general de la existencia de una jurisdicción única, tratándose más bien de un sistema de apoyo a esta.

12.4. DERECHO NORTEAMERICANO

El sistema de derecho norteamericano, se funda en el sistema anglosajón Inglés, hay una extraordinaria dinámica del accionar de la administración en lo que compete al ejecutivo. En lo judicial, el juez es uno de los instrumentos de la justicia, además de las formas directas de solución de las controversias, tal como se desprende de la siguiente narrativa, con el fin de ilustrar apartes de la relación entre particulares y la intervención del juez (institución del Estado), la naturaleza del derecho traigo a colación el caso Stella Liebeck “ .. dama de 79 años de edad, compro una taza de café de 49 centavos de dólar en el autoservicio de Mácdonald’s en Alburquerque, Nuevo México. Mientras la sostenía entre las piernas para quitarle la tapa a fin de vaciar crema y azúcar, la taza se volcó y la quemó. La señora Liebeck tuvo que pasar siete días en el hospital para sanar sus quemaduras, lo que implicó injertos en la piel, de modo que demandó a Magdonald’s con el argumento de que el café estaba excesivamente caliente. El jurado le otorgó una indemnización de 160.000 dólares e impuso a Magdonal’s una multa de 2.7 millones de dólares, cantidad que el jurado calculó equivalente a los ingresos de esa compañía por dos días de venta de café (el juez redujo más tarde la indemnización punitiva a 480.000 dólares)...”⁴⁹

En este caso se esboza la teoría de la reparación del daño, que en términos del latín no significa otra cosa que echar a perder una cosa, de manera que representa una norma de conducta adecuada.

En este sistema le entregan a los particulares la potestad de solucionar sus diferencias y si ello no ocurre, el Estado puede directamente establecer sistemas arbitrales que coadyuven a la solución de la controversia o los jueces dirimirla, previa consulta de los jurados, allí prima la solución directa.

12.5. PARTICULARIDADES DEL DERECHO ESPAÑOL

De los aportes del sistema francés, derivó el español, el cual parte de las mismas premisas básicas anteriormente descritas, teniendo como única diferencia en su formación histórica, el hecho de que siempre fue lo contencioso administrativo una justicia delegada, es decir, siempre estuvo en sede de los jueces, en razón a la importancia que tenían los abogados para tratar los temas de la corona española.

Así por ejemplo, una institución importante en el imperio español era el Consejo de Indias, órgano de carácter consultivo del Rey, cuyos miembros servían simultáneamente como tribunal administrativo, órgano legislativo y corte de apelación⁵⁰, con labores decisorias y no meramente proyectistas, por lo cual el capricho del Rey no era el que se imponía.

⁴⁹ Feinman Jay M. Introducción al Derecho de los Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2004, México. Página 1.

⁵⁰ David Bushnell, Colombia, una nación a pesar de sí misma, Planeta.

12.6. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA ALEMÁN

Igualmente el sistema alemán se basa en el sistema francés, aceptando la existencia de una jurisdicción ordinaria y una contencioso administrativa que tuvo su entrada a través de la obra de Otto Mayer⁵¹

12.7. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA COLOMBIANO

El derecho administrativo colombiano es netamente de origen francés, de ahí la existencia de estatutos jurídicos especiales de sometimiento de la administración pública, como el Código Contencioso Administrativo, la Ley de Contratación Estatal, el régimen de los servidores s etc., y la existencia de jueces especializados en controversias administrativas cuya máxima instancia es el Consejo de Estado.

Sin embargo, en Colombia, en los últimos años, ha venido tomando fuerza la incorporación de instituciones jurídicas que acercan a nuestro derecho administrativo a los principios del sistema anglosajón. Así por ejemplo, la Ley 446 de 1998 desarrollada por el Decreto 1818 de 1998, entre otros, dispusieron los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos, por lo que las controversias contencioso administrativas pueden llegar a ser conocidas por particulares revestidos temporalmente de funciones judiciales, es decir a través de tribunales de arbitramento, con lo cual, los conflictos contractuales y de reparación directa ya no son de conocimiento privativo de la jurisdicción contencioso administrativa.

Así mismo, se estableció la posibilidad de la conciliación judicial y extrajudicial, permitiendo que los particulares y el Estado puedan sentarse en igualdad de condiciones a negociar la solución mas conveniente para las partes en las controversias que versan en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Adicionalmente, en el derecho procesal colombiano, se afirma que el derecho de acción de los ciudadanos es uno sólo y por tanto se de debe propender por la consagración de una sola acción judicial, es decir, la unificación del derecho procesal, ya sea para iniciar controversias de derecho común o de derecho administrativo, por lo cual carecería de sentido tener diferentes estatutos procesales. El argumento principal es que un derecho procesal demasiado reglamentario termina asfixiando al derecho sustancial.

Cuando hicimos el relato de culturas humanas que fueron esculpiendo el edificio del saber jurídico, presentamos un verdadero sesgo de la naturaleza del derecho administrativo a manera de propósito que se percibe en el desarrollo histórico.

⁵¹ Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán, t. I, De Palma 1982.

Evolución del Derecho Administrativo Colombiano en las perspectivas de la Evolución del Estado

13. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO EN LAS PERSPECTIVAS DE LA REFORMA DEL ESTADO.

Las primeras formas conocidas en un ambiente más reciente nos permiten tomar los siguientes hitos históricos.

1. En el año de 1923, a instancias de la Misión Americana Kenmerer, se inicia un proceso de Reforma Administrativa que contempla aspectos organizativos, funcionales y procedimentales.

Así, se:

- 1.1 Crean las bases financieras, monetarias y contables del país (papel y timbre nacional).
 - 1.2 Se promulga la ley orgánica del Banco de la República.
 - 1.3 Se establece el número y nomenclatura de los Ministerios.
 - 1.4 Se organiza la Oficina de Recaudación de Rentas nacionales y de Administración de las mismas y se inicia el establecimiento de una contabilidad oficial.
 - 1.5 Se establece un Departamento de Contraloría.
 - 1.6 Se inicia la organización de un organismo de contrato bancario y el establecimiento de normas sobre instrumentos negociables.
-
2. Debe también considerarse de enorme importancia el año 1931 el cual se caracterizó Constitucionalmente y Políticamente como un momento en el campo de la estructuración y organización de la administración pública colombiana en el que podemos relevar lo siguiente:
 - 2.1 Se expide la Ley orgánica del Presupuesto.
 - 2.2 Se continúa con el desarrollo de formas más adecuadas de recaudación y administración de impuestos.
 - 2.3 Se crea la Caja Agraria Industrial y Minero.
 - 2.4 Se establece el Impuesto a la Renta.
 - 2.5 Se reestructura el Banco de la República y se organiza la Aduana Nacional.
-
3. En el año 1938 a instancias de La Ley 165 de 1938, se introdujo el concepto de Carrera Administrativa, con base en el Sistema de mérito.

4. En 1958 y especialmente por intermedio de la Ley 19 de ese año, se producen hechos de relevancia en el desarrollo de la tecnificación y modernización de la Administración Pública Colombiana. Veámoslo:
 - 4.1 Al tenor de la Reforma Constitucional plebiscitaria de 1957 se crea la Carrera Administrativa.
 - 4.2 Se organiza por primera vez en Colombia un sistema de planeación que se plasma en la creación de la Oficina Nacional de Planeación y dos años más tarde, en la expedición del primer plan de desarrollo.
 - 4.3 Se produce una reorganización de los Ministerios y Departamentos Administrativos.
 - 4.4 Se crea el Departamento Administrativo del Servicio Civil.
 - 4.5 Se crea la Secretaría de Organización e Inspección de la Administración Pública de la Presidencia de la República.
 - 4.6 Se crea la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).
 - 4.7 Se crea la Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado.

Con respecto a este período diría el Expresidente LLeras Camargo lo siguiente:

- *“La Ley 19 de 1958, fue sin duda, uno de los más grandes intentos de racionalización del Estado Colombiano. En ella se previó la necesidad de organizar la administración pública sobre fundamentos universalmente aceptados y fracasados en Colombia una y otra vez por la falta de continuidad en el pensamiento de los Gobiernos y de decisión de combatir intereses políticos sin ninguna importancia” y más adelante agregaba el Presidente LLeras Camargo en el mismo discurso: “Ahora estamos viendo muy claro cómo los problemas fundamentales de Colombia se inician todos con una tarea de adiestramiento, preparación y educación. Aún obtenidos los recursos financieros que nos permitan alterar favorablemente las formas económicas y sociales primitivas, no es posible dominar con eficacia y economía las palancas principales de una nación y un estado moderno, si no se preparan con celeridad para cumplirlo. Las grandes evoluciones que han tenido lugar en las letras de nuestro derecho se paralizaron, con muy pocas excepciones, en la mañana de una administración pública cuya estupidez, lentitud e incapacidad han causado a Colombia males irreparables y un derroche asombroso de las energías y recursos s y privados”*

5. Además de la Reforma Constitucional, en el año de 1968 se produce en Colombia una transformación administrativa que para todos los especialistas es considerada, independientemente de su eficacia, como trascendental en la vida institucional del país. Con fundamento en las

disposiciones del decreto ley 1050 y 2400 de ese año y en gracia de la brevedad de nuestra exposición podemos destacar los siguientes aspectos como fundamentales de dicha Reforma:

- 5.1 Modificó la estructura del Estado y el ejercicio del Poder y fortaleció el Poder Ejecutivo.
- 5.2 Aparecieron nuevos conceptos sobre las estructuras organizativas de la Rama Ejecutiva y Jurisdiccional (adscripción, vinculación, coordinación, supervisión, control y vigilancia administrativa).
- 5.3 Celeridad del servicio con la creación, supresión y modificación de organismos de acuerdo con la cobertura o a la operación que realizan, clasificándolas en: Establecimientos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y Sociedades de Economía Mixta, caracterizándolas por su personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.
- 5.4 Se introdujo el concepto de planeación a todos los niveles y de manera institucional.

Mediante los Decretos extraordinarios 2400 y 3074 de 1968, se modificaron las disposiciones que hasta entonces habían regulado la administración de personal civil que laboraba en la Rama Ejecutiva de Poder Público. El 2400 específicamente contemplaba las condiciones para el ejercicio del empleo; los deberes, derechos y prohibiciones; el régimen disciplinario; de la calificación de servicios; las situaciones administrativas; el retiro del servicio; la capacitación, la carrera administrativa y los organismos para la administración de personal.

6. En el año de 1973 se crearon las Direcciones Generales de Presupuesto y Tesorería, dependientes del Ministerio de Hacienda, con la finalidad de centralizar el proceso de trámite, aprobación y registro de las apropiaciones presupuestales y el sistema de giros a los distintos organismos gubernamentales. En el mismo año se expidió un nuevo régimen jurídico de administración de personal, el decreto N^o 1950, el cual todavía tiene vigentes algunas de sus disposiciones.
7. La ley 20 de 1975 modificó la estructura orgánica y administrativa de la Contraloría General de la República, buscando racionalizar el proceso de la fiscalización. En virtud de esta disposición legal se crea el control previo y

perceptivo en esta materia. Formas hoy totalmente proscritas en el orden Constitucional.

8. A finales de 1976 y comienzos de 1977 y dentro de la Administración del Presidente Alfonso López Michelsen, se produjeron cambios o modificaciones de alguna significación administrativa así:

8.1 Se reorganizó la Secretaría de Organización e Inspección de la Administración Pública de la Presidencia de la República (SOIAP) y se transformó en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Hoy en vigor.

8.2 Se reestructuró el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA) y el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (INCORA), creándose el Instituto de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT). Hoy no existen.

9. En el año de 1978 se expidió un nuevo sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración para los empleados (Decreto 1042). Así mismo se cambiaron los anteriores cuatro niveles de la Administración Pública y se establecieron siete niveles, de clasificación de empleos que hoy quedan reducidos a cinco.

10. Entre el final del año de 1978 y el 1979, se desarrolla un proceso de descentralización y desconcentración administrativa dentro del Estado.

11. Las Reformas Administrativas de 1984-86 a instancias del fenómeno de la liberalización de la Economía y la socorrida frase de necesaria inserción de Colombia en la nueva Economía, la adopción de los dictados del acuerdo de Washington de 1984 y la presencia de fenómenos internos exigiendo participación, se plantea un proceso de descentralización que parte de la transferencia de recursos tributarios de la Nación a los municipios como lo son el Impuesto predial, el de vehículos y otros. Se habla de la privatización de entidades del Estado y de cambio de reglas en cuanto a la prestación de servicios a cargo del Estado. Se expide el acto legislativo que ordena la elección popular de Alcaldes, en 1986, el Código de régimen Departamental, Decreto ley 1222 de 1986 y el código de Régimen Municipal decreto ley 1333 de 1986, un régimen de intendencias y Comisarías, las leyes 3, 11 y 12 de 1986 complementan una importante producción jurídica que abre nuevos caminos a un proceso de fortalecimiento institucional de los municipios.

12. La Constitución de 1.991. A instancias del artículo 20 transitorio se expiden 62 decretos de reforma, modificación, supresión, fusión, escisión y creación de entidades públicas en el año 1.992 y una significativa reforma a la estructura y funcionamiento de la organización del Estado colombiano, que adelante se trata en un capítulo aparte.
13. Las Reformas de 1.992-94, se expiden un número significativo de leyes entre las que se destacan, la ley 60 de 1.993 de transferencia de competencias a los órganos territoriales, el régimen de la contratación Estatal, ley 80 de 1.993, el régimen de control interno, ley 87 de 1.993, la ley 99 de 1.993 en virtud de la cual se crea el sistema nacional de ambiental, la ley 100 de 1.993, en virtud de la cual se crea el sistema General de la Seguridad social, se establecen reformas al régimen laboral, el decreto ley 1421 de 1.993, relacionado con el régimen jurídico del Distrito Capital, ley 115 de 1.994 de la educación, la ley 134 de 1994 relativa a los sistemas de participación, la ley 142 de 1.994, relativa a los servicios domiciliarios entre muchas más hacen del período muy prolífico en la expedición de disposiciones en materia Administrativa que desarrollan la constitución del 91 y cambian el panorama legislativo.
14. Las Reformas de 1.998, vienen precedidas de otro golpe fuerte a la estructura y organización de la administración pública con unas reformas en 1.997 en 34 decretos expedidos a instancia de la ley 344 de 1.996 en virtud de los cuales se suprimen, fusionan, escinden, reforman total o parcialmente 14 sectores de la administración pública en el orden nacional. Se expiden la ley 443 de 1.998 de Carrera Administrativa, la ley 446 de 1.998 de reforma en materia Judicial, la ley 489 de 1.998 que determina las reglas de organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional, que deroga las disposiciones de 1.968 y se dictan otras disposiciones legales entre otras.
15. las Reformas de 2000 – 2007. En este período hay reformas Constitucionales, Administrativas, judiciales y electorales es de destacar la reforma contenida en la ley 790 de 2002 (Diciembre 27) “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”, la ley 734, en materia disciplinaria, Se expide la ley 962 de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre la racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios, la reforma al régimen contractual contenido en la ley 1150 de julio de 2007 entre muchas más que constituyen un entramado complejo de disposiciones legales aplicable en materia administrativa, complemento del régimen contractual se expidió el decreto 066 de 2008.

14. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Comentario

La expresión fuente en sentido literal, es una alocución que significa manantial de agua que brota de la tierra, en otra acepción es un sistema que puede emitir de forma permanente, energía como calor, luz, electricidad o partículas, desde el punto de vista jurídico es una expresión de uso común para efectos de precisar el orden jurídico en cada caso, las fuentes del derecho son como el "alma", donde brota el Derecho, son fundamentos e ideas que ayudan al Derecho a realizar su fin, por ello es vital en nuestro propósito tomarla en su acepción corriente indica el origen de donde algo procede y en sentido jurídico de donde proceden y emanan las normas que componen la disciplina jurídica y determinan las conductas de las autoridades y los derechos de los ciudadanos.

Las podemos clasificar en fuentes directas, inmediatas y normativas y en indirectas no normativas.

Las fuentes directas inmediatas y normativas son la Constitución, la ley, los decretos del Presidente de la República, los reglamentos constitucionales, los actos emanados de los Consejos Superiores de la administración pública, los actos administrativos de los Ministros, Directores de los Departamentos Administrativos y Superintendentes, los Actos administrativos de los Consejos Superiores o Directivos de las Entidades Descentralizadas o de las Juntas Directivas de los mismos según el caso, los Decretos de los Gobernadores y las ordenanzas Departamentales, los actos administrativos de los Secretarios del despacho Departamental y de los jefes de los organismos descentralizados seccionales, los Decretos de los Alcaldes y los Acuerdos de los Concejos Distritales y Municipales según el caso, los Actos Administrativos de los Secretarios del Despacho Distrital y Municipal y de los organismos descentralizados, los decretos de los Alcaldes Locales y los acuerdos de las Juntas Administradoras locales para la localidad.

Las fuentes indirectas no normativas son la Jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho y la costumbre siempre y cuando no sea contraria a la ley.

1. Constitución: Siguiendo los postulados del profesor Hans Kelsen, situamos la norma Constitucional en la parte cimera del orden jurídico, el cual sin la menor duda es muy enfática declarar en el artículo 4 que ésta, la Constitución es norma de normas y en caso de controversia entre la Constitución y la ley, se aplicará de manera preeminente la primera o sus principios.

Como fuente normativa directa, expresa el conjunto de potestades y funciones del Estado, contiene los principios que aplican a la función Administrativa de éste artículo 209, los principios del control fiscal y la organización, estructura y funcionamiento, artículos 113 a 120, la descentralización territorial y su

funcionamiento, los regímenes de Presupuesto, planeación, transferencias y de los servicios s. En sentido estrictamente normativo a la luz del artículo 4°, la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplican las normas constitucionales.

Así que como fuente directa, es portadora de un orden en sentido material, capaz de imponer prescripciones superiores de manera jerárquica.

2. Ley: Del latín *lex legis* norma o regla establecida por autoridad competente, como fuente la integran las leyes consideradas como ordenamientos que regulan las conductas de las personas de manera general, abstracta y obligatoria de donde esta disciplina deriva reglas y principios, la ley emana del legislador.

El profesor Agustín Gordillo dice que ⁵²“..la ley es todo acto sancionado por el poder legislativo de acuerdo al procedimiento previsto por la constitución para tal efecto.

El artículo 4 del código civil Colombiano la define como una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

La Constitución Política de Colombia fija las reglas para su expedición, entre otras disposiciones los artículos 150, 157 y 158

Para precisar el contenido material debe tomarse en cuenta la naturaleza del contenido y la del órgano que la expide junto a los requisitos y trámite para su sanción y entrada en vigencia, por cuanto tenemos varias clases de leyes a saber.

- a) leyes orgánicas: Estas leyes establecen los reglamentos del congreso y de cada una de las cámaras, establecen las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, las leyes de planes de desarrollo e inversiones públicas y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Estas leyes requerirán para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra cámara.
- b) Leyes estatutarias. Estas leyes regulan las siguientes materias.
 - 1. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; Conc.95
 - 2. Administración de justicia; Conc. 116, 131, 228, 229, 257

⁵² Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, 1.998, Medellín.

3. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
4. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;
5. Estados de excepción. Conc. 112, 150 numeral 10; 153, 219, 241, 244, 252, 263, 264, 265, T31, T32, T40

El artículo 153 ídem, dispone “La aprobación, modificación o derogación de leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla e impugnarla.”

c) Leyes marco o cuadro: Son aquellas leyes que señalan criterios y objetivos generales que sujetan al gobierno a la expedición de reglas y normas jurídicas sobre materias determinadas. El artículo 150 numeral 19 autoriza la expedición de leyes marco en las siguientes materias:

1. Crédito ,
2. Comercio exterior y régimen de cambios,
3. Régimen de aduanas,
4. Actividad financiera, bursátil y aseguradora.
5. Régimen salarial y prestacional mínimo de los trabajadores estatales.

El mismo artículo faculta al Congreso para expedir disposiciones a las que se debe someter el Presidente de la República en sus funciones de inspección y vigilancia.

d) Códigos: En sentido literal, el código constituye un conjunto de preceptos legislativos que reglamentan las diversas instituciones constitutivas de una rama del derecho, código civil, código penal, código de procedimiento civil etc.

En sentido estrictamente jurídico según la Constitución Política de Colombia corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas tiene las siguientes funciones: “...2) Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. Esta prescripción le valió a la corte constitucional para pronunciarse sobre un código de régimen municipal expedido por el Presidente de la República, el cual fue declarado inexecutable en razón a que el Presidente no tiene asignada esta competencia.

e) Leyes ordinarias: El capítulo 3. del título VI de la Constitución Política de Colombia artículo 150 y siguientes definen las facultades para la expedición de las leyes, la iniciativa legislativa y los requisitos para su expedición, de manera especial los consagrados en los artículos 157 en lo relativo a los cuatro debates y aprobaciones en las cámaras legislativas, hasta el artículo 170 de la carta política.

f) Decretos legislativos: En sentido estrictamente formal estos decretos no son leyes, no obstante, adquieren tal nivel jerárquico en virtud de la constitución con fundamento en las disposiciones de los artículos 212, 213 y 215 en concordancia con el artículo 241. Estos decretos son los referidos a los estados de excepción de guerra exterior, estado de conmoción interior, estado de emergencia Económica, Social y Ecológica que constituyan grave calamidad pública y requieren además de la expedición por parte del Presidente de la República la firma de los Ministros, la refrendación del Congreso, el control de los primeros del Consejo de Estado y el control de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional.

d) Decretos Extraordinarios: El artículo 150 numeral décimo permite al Congreso de la República :

“... 10. Revestir, hasta por seis (6) meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo ni para decretar impuestos...”

3. Los Decretos:

a. Reglamentarios: Expedidos por el Presidente de la República con fundamento en la potestad reglamentaria del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

b. Ejecutivos: Expedidos por el Presidente de la República con fundamento en el numeral 1 del artículo 189 de la Carta.

c. De Inspección y Vigilancia: Expedidos por el Presidente de la República con fundamento en los numerales 21 y 22 del artículo 189 de la carta.

4. Los Actos de los Consejos Superiores de la Administración Pública. Por ejemplo los expedidos por el COMPES, el CONFIS, el Consejo Superior del Sistema de Seguridad Social etc.
5. Los Actos administrativos de los Ministros, Directores de los Departamentos Administrativos y Superintendentes. Resoluciones Generales y particulares para su entidad, circulares del servicio
6. Los actos administrativos de los Consejos Superiores, Directivos o Juntas Directivas de los organismos descentralizados del orden Nacional. Resoluciones, circulares, decisiones y acuerdos de los organismos descentralizados.
7. Los Decretos de los Gobernadores y las Ordenanzas Departamentales y los actos administrativos de los Secretarios del despacho de las Gobernaciones y de los Órganos de dirección de los órganos descentralizados Departamentales.
8. Los Decretos de los Alcaldes Distritales y Municipales y los acuerdos de los Concejos distritales y Municipales y Los actos Administrativos de los Secretarios del Despacho del Distrito o Municipio y de los órganos y autoridades descentralizadas.
9. los Decretos de los Alcaldes locales y los acuerdos de las juntas Administradoras locales en aquellas entidades territoriales donde las hay.

En esta clasificación están consagrados dos grandes principios del derecho Administrativo de origen francés según los cuales el orden jurídico se encuentra soportado en disposiciones legales de carácter positivo y en orden descendente a partir de la Constitución Política.

Fuentes Indirectas mediatas y no normativas

La Constitución Política de Colombia, en una cláusula de legalidad le impone a los jueces el estricto cumplimiento de la ley, por cuanto el artículo 230 de la Constitución dispone “..Los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley.

Posteriormente la misma norma dispone “...La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Por su parte la norma Constitucional en el artículo 209 señala que “..la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones..”

Por su parte el artículo 267 superior en lo relativo al Control fiscal le atribuye el carácter de función pública que ejerce la Contraloría general de la República y dispone en el inciso tercero que "...La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales..."

Así entonces tenemos las siguientes reglas:

1. La Jurisprudencia: Es una fuente muy importante del derecho administrativo y otros campos del derecho y debe su importancia al hecho de que el derecho sea más o menos legislado, en este punto no sobra recordar la máxima según la cual la ley es lo que dice el juez que es, a pesar de la claridad del texto legal.

La jurisprudencia no solo ha servido para suplir los vacíos legales si no que ha permitido tomar decisiones de gran trascendencia en diferentes campos y como si fuera poco, es la materia prima para que el legislador con fundamento en los pronunciamientos de los altos tribunales de la rama judicial ha expedido regulaciones de orden legal, es un insumo valioso en la actividad legislativa,

Es de destacar la sentencia de la Corte Constitucional N° C-083 del 11 de marzo de 1.995 con ponencia de Carlos Gaviria Díaz en la que se estudia la constitucionalidad del artículo 48 de la ley 153 de 1887, según la cual "...La jurisprudencia ha sido clara en definir que la labor de la corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la carta, hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la ley fundamental. Por lo tanto resulta inconstitucional el pretender como la norma lo hace la norma que se estudia, que solo el Congreso interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional..

Respecto del segundo punto, esto es, de los efectos de los fallos y de la doctrina constitucional, la jurisprudencia tanto de la Corte suprema de Justicia como de la corte Constitucional se ha ocupado de estos temas y ha explicado.

"El artículo 243 de la carta consagra la denominada cosa juzgada constitucional En virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la corte Constitucional presenta las siguientes características:

1. "Tienen efecto erga omnes (para todos) y no simplemente interpartes.

2. "Por regla General obligan para todos los casos futuros y no solo para el caso concreto.

3. "Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede volver a juzgar nuevamente por los mismos motivos, sin que el fallo tenga certeza y seguridad jurídica. Sin embargo a diferencia del resto de los fallos. La cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional artículo 243 Carta política.

4. "Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte constitucional"

2. La Doctrina: Entendida como el estudio a profundidad de los expertos, tratadistas y especialistas en una rama del Derecho, en lo nacional y en derecho comparado que sirven como fundamento de análisis para tomar decisiones judiciales y administrativas. La Doctrina también emana de órganos especializados con potestad doctrinante, entre ellos tenemos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, las Direcciones de Impuestos y Aduanas nacionales en materia tributaria y aduanera, la Dirección de presupuesto en esta materia. La Doctrina emite conceptos, desde luego que no son obligantes, pero sirven de soporte esencial para estructurar decisiones judiciales y administrativas, que perduran en el tiempo y que pueden por su fuerza volverse ley por su adopción legal a través del legislador.

3. Los Principios Generales del Derecho

Los principios del derecho administrativo. Constituyen a su vez una importantísima fuente del derecho, y por supuesto del derecho administrativo Hoy los autores ya hablan de de la principiología del derecho administrativo para señalar la trascendencia de su estudio.

LA DOCTRINA EXTRANJERA

La doctrina en esta materia, presenta una variada gama de principios del derecho administrativo. Así, para Geroge VEDEL, son: el respeto a las libertades públicas y derechos individuales; la igualdad; el principio general de los derechos de defensa; el carácter contradictorio de todo procedimiento jurisdiccional; el control de legalidad sobre los actos judiciales y administrativas; la no retroactividad de los actos administrativos; la obligación de la administración de asegurar a sus agentes contra las condenaciones que sufran, en ausencia de falta de personal de los mismos, por sus actividades al servicio de aquellas; la prohibición a la administración de disponer de sus bienes a título gratuito; la regla nemo auditur; el

enriquecimiento sin causa; el respeto de los derechos adquiridos; la especialidad de los establecimientos; la regla non bis in idem.

JEAN RIVERO, distingue los siguientes principios: división de poderes; libertad personal; igualdad de los usuarios ante el servicio y del contribuyente ante los impuestos; no retroactividad de las leyes y disposiciones administrativas; reparación de daños culposos; enriquecimiento injusto; nadie puede ser condenado sin ser oído; continuidad del servicio; posibilidad de adoptar medidas extralegales en caso de necesidad.

GARCIA DE ENTERRIA Y TOMAS RAMON FERNANDEZ, señalan atinadamente cómo el derecho administrativo “se constituye necesariamente sobre un sistema de principios generales del derecho que no solo suplen a las fuentes escritas, sino que son los que dan a estos todo su sentido y presiden toda su interpretación”, afirmando al proseguir que tales principios “no proceden por deducción de primeras verdades morales, sino que son principios técnicos, que articulan sobre todo el mecanismo básico del derecho, que son las instituciones; y su desarrollo y perfección es un fruto de la vida jurídica, un hallazgo a través del manejo de problemas concretos, y es la obra por excelencia de la jurisprudencia y la doctrina, actuando en recíproca interrelación”.

ALTAMIRA GIGENA, sugiere como principios: la igualdad ante la ley; la proporcionalidad frente a las cargas públicas; nadie puede ser juzgado ni penado sin ser oído; la cosa juzgada, no solo en materia judicial sino en sede administrativa; la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

Ahora, es bien sabido que no hay conocimientos científicos, leyes universales y reglas jurídicas sin principios, y la ciencia del derecho no escapa desde luego a esta exigencia. Solamente a título de ejemplo citamos los siguientes principios:

- a) Principio del Interés General. Según este principio la orientación de toda actividad administrativa debe ser la consecución del interés general. Su actuación deberá estar presidida por la supremacía del bien común y del interés colectivo sobre los individuales. El artículo 58 de la Constitución Política lo consagra adecuadamente al preceptuar que el interés privado debe ceder ante el interés o social.
- b) Principio de la separación de poderes. Buena parte del derecho, y en especial del derecho administrativo, descansa sobre el principio

de separación de poderes que pretende la distribución del poder en órganos o ramas como funciones específicas y limitadas para cada una de ellas. La teoría de la separación de poderes evoca entre otros los nombres de Hobbes, Locke y Montesquieu.

- c) Principio de la legalidad. Según este principio la actividad de la administración debe ceñirse a un ordenamiento jurídico rigurosamente jerarquizado. Nuestra Carta Fundamental lo recoge, puesto que su artículo 6º dispone que los funcionarios son responsables por infracción de la Constitución y la ley, así como por extralimitación u omisión de funciones. Así mismo, y como más adelante se verá, el sistema legal colombiano prevé un conjunto de mecanismos jurídicos tendiente a organizarlo.
- d) Principio de la descentralización. No es posible organizar el Estado moderno sin pensar al mismo tiempo en una distribución de funciones. La descentralización a su vez se va tornando en una imperiosa exigencia de la organización administrativa colombiana, y se traduce en las conocidas modalidades de descentralización territorial (entidades territoriales) y la descentralización por servicios (entidades descentralizadas).
- e) Principio de la moralidad. La administración, para conseguir sus fines, ha de obrar dentro de una rigurosa ética. En desarrollo de este principio y en defensa de la moralidad el derecho administrativo presenta un conjunto de disposiciones alusivas a deberes de los funcionarios, responsabilidades, incompatibilidades, inhabilidades, etc.

Es importante señalar en esta oportunidad cómo la ley 58 de 1982, en su artículo 2º, preceptuó como principios de buena administración los de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, enriqueciendo de esta manera la princiología de nuestra disciplina.

El actual Código Contencioso en su artículo 3ª enuncia los siguientes principios:

1. Principio de economía, según el cual las decisiones se deben tomar con la mayor agilidad;
2. Principio de celeridad, conforme al cual la administración tiene el deber de impulsar oficiosamente los procedimientos iniciados;

3. Principio de eficacia; por cuya virtud los procedimientos administrativos deben lograr su finalidad, removiendo obstáculos puramente formales;
4. Principio de imparcialidad, por el cual la administración debe garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación;
5. Principio de publicidad, según el cual la administración debe dar a conocer sus decisiones mediante las notificaciones o publicaciones ordenadas en la ley;
6. Principio de contradicción que otorga a los interesados el derecho a conocer y controvertir las decisiones de la administración.

6) Los principios de la función administrativa. El artículo 209 de la Carta define estos principios que rigen la función administrativa. La actividad de la administración pública persigue el interés general y se sujeta a los siguientes principios, que son también principios del derecho administrativo:

Igualdad: Descansa este principio, en el tratamiento rigurosamente imparcial a todos los administrados, sin favorecer ni a individuos ni grupos.

Moralidad: Según este principio, las funciones adscritas a cada servidor deben desenvolverse dentro de auténticos propósitos de servicio, con toda honestidad y desinterés y con absoluto respeto a las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones a los servidores s. Esta norma se encuentra reglamentada por la ley 190 de 1.995.

Eficacia: Este principio, advierte que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento, podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.

Economía: Las normas de procedimiento deben ser utilizadas para agilizar las decisiones. Los procedimientos se debe adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos y no se deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene.

Celeridad: Las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán

formularios para actuaciones en serie, cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

Imparcialidad: Las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que, la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación. Por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.

Publicidad: las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordene la ley. Esta norma es reglada en el artículo 74 de la Constitución, en armonía con artículo 3, 42, 43, 44 y 45 del código contencioso Administrativo, artículo 107 de la ley 489 de 1.998 y la ley 962 de 2005

Coordinación: Las actividades de la administración por su complejidad creciente, precisan de un adecuado y lógico nivel de comunicación, interacción e interdependencia. Norma concordante artículo 113 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 6 de la ley 489 de 1.998.

Control: Según este principio las actividades de la función administrativa requieren vigilancia, supervisión y seguimiento. En desarrollo de este principio el artículo 269 de la nueva Constitución, ordena que las entidades públicas deban diseñar y aplicar métodos y procedimientos de control interno. Disposición consagrada en la ley 87 de 1.993.

Delegación: Corresponde a la ley, (lo hace la ley 489 de 1.998 en los artículos 9 a 13), señalar cuáles de sus funciones puede delegar el presidente, en ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de las entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes, y agencias del Estado. Agrega el artículo 211 de la Constitución Política que la ley fijará las condiciones para que las autoridades puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

4. La Costumbre cuando no sea contraria a la ley.

EVALUACIÓN DEL CAPITULO

Evaluación Individual

Preguntas

1. Cómo se define el derecho administrativo en sentido material.
2. Cómo en sentido formal,
3. Como en sentido Orgánico,
4. Cómo en sentido legalista
5. Cómo en sentido Doctrinario.
6. Como se clasifican las ramas del derecho.
7. Enuncie las fuentes formales del derecho administrativo y explique una de ellas
8. Enuncie dos diferencias y dos semejanzas entre la Administración Pública y la privada.
9. Enuncie dos fuentes indirectas del derecho Administrativo y explique una de ellas.
10. Elabore un ensayo de cinco páginas con el presente capítulo en el que destaque sus aspectos más importantes y su aplicación en la administración municipal.

Evaluación en Equipo

Preguntas

1. En equipos de tres personas hagan una clasificación de las leyes en el orden jurídico colombiano.
2. Establezca en el mismo equipo las fuentes directas e inmediatas del derecho administrativo aplicables a su municipio
3. Establezcan algunos rasgos sobresalientes del Estado Social de Derecho aplicables a su Municipio.
4. De lo estudiado acerca del Estado Social de Derecho proyecte un acuerdo para ser presentado al concejo de su municipio, tendiente a garantizar los derechos fundamentales de la comunidad por la administración municipal.

ORGANIZACIONES PÚBLICAS

INTRODUCCION

Para la gran mayoría de tratadistas del derecho administrativo, el objeto de estudio de esta disciplina es la función administrativa, las actuaciones de la administración y la administración de manera dinámica a diferencia de la función judicial de los jueces o la legislativa del congreso.

En este capítulo estudiamos la organización de la administración, que va desde el régimen de las personas, hasta llegar a las personas jurídicas de derecho, la organización del orden nacional y el territorial, la centralización y la descentralización por los factores territorial y funcional o por servicio y los principios que rigen este sistema de organización y su clasificación

OBJETIVOS

- Identificar en Colombia el régimen Jurídico de las personas
- Conocer la organización del Estado Colombiano.
- Diferenciar los conceptos de descentralización administrativa, desconcentración y delegación
- Identificar las clases de descentralización

1. REGIMEN JURIDICO DE LA PERSONAS

La ley civil Colombiana en el artículo 73 dispone: “Las personas son naturales o jurídicas...”.

- 1.1. Noción de persona Natural : El código civil Colombiano, define la persona natural así: *“Artículo 74.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, extirpe o condición”*

Es muy importante señalar que este concepto aplica en varios aspectos por ello la Constitución Política de Colombia les da un complemento que desarrolla de manera extensiva la noción así:

“ART. 13.—Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

“ART. 14.—Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

“ART. 15.—Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros

de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

“ART. 16.—Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

“ART. 17.—Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”.

Como se puede observar el ordenamiento constitucional de 1.991, se irradia en todo el ordenamiento jurídico colombiano e impone reglas de obligatoria observancia, que no deben pasar desapercibidas por los administradores, las autoridades y los ciudadanos, es por ello que compartimos la tesis según la cual, dentro de la constitución del año 91 en Colombia estamos ante otro tipo de Estado, más humano, más cercano al ciudadano y no meramente formal, en cuanto a la persona natural, ésta goza de condiciones jurídicas entre las que le permiten ejercer de manera directa sus derechos.

1.2. Noción de persona moral o jurídica. El artículo 633 del código civil define

“ Art. 633- Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: Corporaciones y Fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas que participan de uno y otro carácter.”

El Consejo de Estado en sala de negocios Generales sentencia de agosto 21 de 1940 evaluando el tema dijo: “La corporación está formada por una reunión de individuos y tiene por objeto el bienestar de los asociados, sea físico, intelectual y moral. No persigue fines de lucro.

La fundación se distingue de la corporación en que es un establecimiento que persigue un fin especial de beneficencia o de educación pública, para lo cual se destinan bienes determinados. En la fundación no hay personas asociadas si no un conjunto de bienes dotados de personería jurídica, a las asociaciones por ella actúan son secundarias en contraste con las que actúan en la corporación.

En suma, en la Corporación hay asociación de personas, en la fundación predestinación de bienes a fines sociales”.

El artículo 24 de la ley 57 de 1.887 dispone “Son personas jurídicas las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica”.

El artículo 80 de la ley 153 de 1.887 Dispuso “ La Nación, los Departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública. Las corporaciones creadas o reconocidas por la ley son personas jurídicas”

El Consejo de Estado en la sala de negocios generales en sentencia de noviembre 7 de 1.955 dijo “La calidad de persona jurídica se adquiere por creación legal o por reconocimiento administrativo, según sea la naturaleza de la asociación o entidad de que se trate. Las personas jurídicas de creación legal son las entidades de derecho de creación legal enumeradas en el artículo 80 de la ley 153 de 1.887. Las demás asociaciones, de carácter civil, comercial o gremial, adquieren la categoría de personas jurídicas, mediante ciertos requisitos, por reconocimiento del órgano ejecutivo”.

El artículo 38 de la Constitución Política de Colombia dispone: “Se garantiza el derecho a la libre asociación para el desarrollo de distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

En síntesis la legislación Colombiana desde la Constitución centenaria de 1.886, mantiene la clasificación del régimen de las personas en la fórmula dual de personas naturales y personas jurídicas.

El régimen de las entidades de derecho, se extiende al régimen de las personas jurídicas, hasta el punto de entenderse per se que con la norma de creación de cada una de ellas hablamos de la personalidad jurídica de éstas.

2. ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

Las nociones de federalismo y centralismo que son presentes en cada forma de organización del Estado tienen como fundamento una mayor absorción o menor absorción de poder concentrado en los diferentes órganos del poder , así que los modelos centralistas corresponden a una mayor cantidad de competencias y concentración de funciones en los órganos nacionales centrales, en tanto que los federalistas comportan de manera diferenciada de los anteriores una mayor competencia y factores de poder en los órganos territoriales. Son modelos de estados centralistas la organización política Colombiana, el sistema chileno, en tanto que corresponden a la forma de organización federal, el modelo Estadounidense, el Mexicano, el Venezolano, Brasileño y Argentino entre otros.

La Constitución política de Colombia, impone su toque distintivo en su artículo 1, el cual dispone:

“ART. 1º—Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades

territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

La noción de Estado Unitario que tiene presencia en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia, corresponde a la forma de organización de un estado centralista, del cual se desprenden las nociones de descentralización, desconcentración y delegación, tal como lo veremos.

2.1. Organización Nacional:

Desde el punto de vista legal, se concreta esta noción en las prescripciones de la ley 489 de 1.998, norma que precisa el alcance de la organización de la administración pública.

De conformidad con lo dispuesto por la ley 489 de 1.998 se definió la siguiente estructura de la administración pública:

“ART. 38.—Integración de la rama ejecutiva del poder en el orden nacional. La rama ejecutiva del poder en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del sector central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los consejos superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos.
- e) Las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería

Jurídica.....” Esta es la clasificación del sector central.

En lo relativo a otros órganos de la administración en el orden nacional tenemos las siguientes prescripciones:

“ART. 40.—Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes.”

“ART. 41.—Orientación y control. La orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativos corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores del departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los

alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo.

En el orden nacional, los ministros y directores del departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el sector administrativo correspondiente.”

Es pertinente entender los siguientes conceptos, que efectivamente emergen como novedosos y que permiten desde el punto de vista práctico ejercer la administración como una forma de gestión de manera más racional.

“ART. 42.—**Sectores administrativos.** El sector administrativo está integrado por el ministerio o departamento administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley *(o el Gobierno Nacional)* definan como adscritas o vinculadas a aquellos según correspondiere a cada área.”

El texto "o el Gobierno Nacional" que se encuentra entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1437 de 25 de octubre de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“ART. 43.—**Sistemas administrativos.** El Gobierno Nacional podrá organizar sistemas administrativos nacionales con el fin de coordinar las actividades estatales y de los particulares. Para tal efecto preverá los órganos o entidades a los cuales corresponde desarrollar las actividades de dirección, programación, ejecución y evaluación.”

“ART. 44.—**Orientación y coordinación sectorial.** La orientación del ejercicio de las funciones a cargo de los organismos y entidades que conforman un sector administrativo está a cargo del ministro o director del departamento administrativo a cuyo despacho se encuentran adscritos o vinculados, sin perjuicio de las potestades de decisión, que de acuerdo con la ley y los actos de creación o de reestructuración, les correspondan.”

“ART. 45.—**Comisiones intersectoriales.** El Gobierno Nacional podrá crear comisiones intersectoriales para la coordinación y orientación superior de la ejecución de ciertas funciones y servicios, cuando por mandato legal o en razón de sus características, estén a cargo de dos (2) o más ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas, sin perjuicio de las competencias específicas de cada uno de ellos.

El Gobierno podrá establecer la sujeción de las medidas y actos concretos de los organismos y entidades competentes a la previa adopción de los programas y proyectos de acción por parte de la comisión intersectorial y delegarle algunas de las funciones que le corresponden.

Las comisiones intersectoriales estarán integradas por los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de los organismos y entidades que tengan a su cargo las funciones y actividades en

referencia.”

Lo anterior sugiere la siguiente clasificación:

Entidades del Orden Nacional: Las Organizaciones del orden Central Nacional.

- a) Central: Presidencia de la República, Vicepresidencia de la República, Consejos superiores, Ministerios y Departamentos Administrativos, Unidades Administrativas Especiales, Superintendencias sin personería Jurídica.
- b) Los Ministerios: La ley 790 de diciembre 27 de 2002, determinó las reglas que rigen los ministerios, la fusión, creación y orden de precedencia para todos los efectos Constitucionales, políticos y legales así:

“ART. 3º—Fusión del Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia y del Derecho. Fusióñese el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia y del Derecho y confórmese el Ministerio del Interior y la Justicia. Los objetivos y funciones del Ministerio del Interior y la Justicia serán las establecidas para los ministerios fusionados.

Cuando alguna de las funciones de los ministerios fusionados deba ser realizada por otra entidad pública nacional, el Presidente de la República podrá reasignar dichas funciones en ejercicio de las facultades extraordinarias a las que se refiere el artículo 16 de la presente ley.

PAR.—Producida la fusión de los ministerios del Interior y Justicia, se mantendrá una estructura para las comunidades negras e indígenas.

ART. 4º—Fusión del Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico. Fusióñese el Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico y confórmese el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Los objetivos y funciones del Ministerio de Desarrollo y Comercio serán las establecidas para los ministerios fusionados.

Cuando alguna de las funciones de los ministerios fusionados deba ser realizada por otra entidad pública nacional, el Presidente de la República podrá reasignar dichas funciones en ejercicio de las facultades extraordinarias a las que se refiere el artículo 16 de la presente ley.

PAR.—La formulación de políticas relativas al uso del suelo y ordenamiento urbano, agua potable y saneamiento básico, desarrollo territorial y urbano, así como la política habitacional integral necesaria para dar cumplimiento al artículo 51 de la Constitución Política, serán funciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Los organismos adscritos y vinculados relacionados con estas funciones, pasarán a formar parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo

Territorial.

ART. 5º—Fusión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud. Fusi6nense el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud y conf6rmese el Ministerio de la Protecci6n Social. Los objetivos y funciones del Ministerio de la Protecci6n Social ser6n las establecidas para los ministerios fusionados.

Cuando alguna de las funciones de los ministerios fusionados deba ser realizada por otra entidad p6blica nacional el Presidente de la Rep6blica podr6 reasignar dichas funciones en ejercicio de las facultades extraordinarias a las que se refiere el art6culo 16 de la presente ley.

ART. 6º—Adscripci6n y vinculaci6n. Los organismos adscritos y vinculados de los Ministerios que se fusionan pasar6n a formar parte de los ministerios que se conforman, en los mismos t6rminos de la fusi6n.

ART. 7º—N6mero, denominaci6n, orden y precedencia de los ministerios. El n6mero de ministerios es trece. La denominaci6n, orden y precedencia de los ministerios es la siguiente:

- 1. Ministerio del Interior y de Justicia*
- 2. Ministerio de Relaciones Exteriores*
- 3. Ministerio de Hacienda y Cr6dito*
- 4. Ministerio de Defensa Nacional*
- 5. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural*
- 6. Ministerio de la Protecci6n Social*
- 7. Ministerio de Minas y Energ6a*
- 8. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo*
- 9. Ministerio de Educaci6n Nacional*
- 10. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial*
- 11. Ministerio de Comunicaciones*
- 12. Ministerio de Transporte*
- 13. Ministerio de Cultura.”*

2.2. LA DESCENTRALIZACI6N ADMINISTRATIVA

Esta es una noci6n que se encontraba dispersa en varias disposiciones constitucionales y legales en la historia pol6tica y jur6dica pero con dificultades conceptuales, por lo que la ley 489 de 1998 entr6 a superar esta dificultad as6:

“ART. 7º—Descentralización administrativa. En el ejercicio de las facultades “que se le otorgan por medio” de esta ley y en general en el desarrollo y reglamentación de la misma, el gobierno será especialmente cuidadoso en el cumplimiento de los principios constitucionales y legales sobre la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades territoriales. En consecuencia, procurará desarrollar disposiciones y normas que profundicen en la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración, siguiendo en lo posible el criterio de que la prestación de los servicios corresponda a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la Nación. Igualmente al interior de las entidades nacionales descentralizadas, el gobierno velará por que se establezcan disposiciones de delegación y desconcentración de funciones de modo tal que, sin perjuicio del necesario control administrativo, los funcionarios regionales de tales entidades posean y ejerzan efectivas facultades de ejecución presupuestal, ordenación del gasto, contratación y nominación, así como de formulación de los anteproyectos de presupuesto anual de la respectiva entidad para la región sobre la cual ejercen su función”..

La frase "**que se le otorgan por medio**" que se encuentra entre comillas y resaltada, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-702 de septiembre 20 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz. Los demás textos "Descentralización administrativa. En el ejercicio de las facultades (...) de esta ley y en general en el desarrollo y reglamentación de la misma, el gobierno será especialmente cuidadoso en el cumplimiento de los principios constitucionales y legales sobre la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades territoriales.

En consecuencia, procurará desarrollar disposiciones y normas que profundicen en la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración, siguiendo en lo posible el criterio de que la prestación de los servicios corresponda a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la Nación", fueron declarados executable por la misma sentencia.

Mediante el Decreto 1188 de 2003, del Ministerio del Interior y de Justicia, se establecen los procedimientos para la coordinación de funciones administrativas entre el nivel nacional y el nivel territorial.

2.3. ENTIDADES TERRITORIALES:

La Constitución de Colombia hace la siguiente clasificación en el artículo 286 así:

- a) Las regiones
- b) Los departamentos
- c) Las provincias
- d) Los Distritos

- e) Los territorios indígenas
- f) Áreas Metropolitanas
- g) Municipios
- h) Localidades”

Otras disposiciones Constitucionales complementan la materia así:

1. “ART. 285.—Fuera de la división general del territorio, habrá las que determine la ley para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado.”

2. “ART. 287.—Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

- 1. Gobernarse por autoridades propias.
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan.
- 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
- 4. Participar en las rentas nacionales.”

3. “ART. 288.—La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.”

2.3.1. Entidades Centrales dentro de la Organización Territorial: Por mandato de la misma ley define que sean las Gobernaciones, las Secretarías y Departamentos Administrativos, Alcaldías Distritales, Secretarías Distritales, Alcaldías Municipales, Secretarías y Departamentos Administrativos.

2.3.2. Entidades descentralizadas por el Factor Funcional o por servicios, que se encuentran Adscritas o vinculadas a las centrales en este orden: a) Adscritas: Establecimientos, Unidades Administrativas Especiales con Personería Jurídica, b) Vinculadas: Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta, Empresas Sociales del Estado, Empresas Oficiales de servicios domiciliarios, Institutos Científicos o tecnológicos, Sociedades Públicas, las demás entidades que creen las ordenanzas u o acuerdos, o las que se autoricen por las mismas normas.

2.4. PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN

De conformidad con lo dispuesto por la ley 489 de 1998, define los principios de

2.5.1. “ART. 6º—**Principio de coordinación.** En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.

En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.

PAR.—A través de los comités sectoriales de desarrollo administrativo de que trata el artículo 19 de esta ley y en cumplimiento del inciso 2º del artículo 209 de la Constitución Política, se procurará de manera prioritaria dar desarrollo a este principio de la coordinación entre las autoridades administrativas y entre los organismos del respectivo sector.”

2.5.2. LA DESCONCENTRACIÓN

Esta institución en Colombia tenía dificultades para su ejercicio y definición, por lo que el legislador de 1.998 en la ley 489 hizo la siguiente definición:

“ART. 8º—Desconcentración administrativa. La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.

PAR.—En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento.

Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa sólo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes”.

2.5.3. LA DELEGACIÓN

La Constitución política de Colombia fija una serie de reglas relacionadas con el ejercicio de la función administrativa, para ello determinó que la delegación se sujeta a las siguientes prescripciones:

“La delegación: ART. 211.—La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las

autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.....”

La ley 489 de 1.998, determinó esta forma de ejercicio de la actividad administrativa sujeta a las siguientes reglas:

ART. 9º—Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa, podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados s de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

PAR.—Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

ART. 10.—Requisitos de la delegación. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

ART. 11.—Funciones que no se pueden delegar. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

- 1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.*
- 2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.*
- 3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o*

legal no son susceptibles de delegación.

ART. 12.—Régimen de los actos del delegatario. Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

PAR.—En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.

ART. 13.—Delegación del ejercicio de funciones presidenciales. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política.

ART. 14.—Delegación entre entidades públicas. La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativos del orden nacional efectuadas en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. Así mismo, en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas.

Estos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos.

**(PAR.—Cuando la delegación de funciones o servicios por parte de una entidad nacional recaiga en entidades territoriales, ella procederá sin requisitos adicionales, si tales funciones o servicios son complementarios a las competencias ya atribuidas a las mismas en las disposiciones legales. Si por el contrario, se trata de asumir funciones y servicios que no sean de su competencia, deberán preverse los recursos que fueren necesarios para el ejercicio de la función delegada)*.*

La Corte Constitucional mediante sentencia C-727 de junio 21 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, declaró exequible el presente artículo **en el entendido** de que los convenios a que se refiere el inciso primero deben tener carácter temporal.

El párrafo del presente artículo que se encuentra entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-727 de junio 21 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Formas de descentralización:

Para entender más a fondo la noción y precisar su alcance, es indispensable volver a retomar el concepto y examinarlo en algunas variantes que desarrolla la doctrina y que compartimos así:

- a. La descentralización Territorial. En esta forma de descentralización cuenta la forma como se presenta la organización político territorial en la constitución colombiana, en la que se definen organizaciones como las regiones, los departamentos, las provincias, los distritos, los municipios, los territorios indígenas y para ello se debe expedir una ley orgánica de ordenamiento territorial LOOT por encargo del título XI de la Constitución Política de Colombia artículos 285 y siguientes.
- b. La descentralización funcional o por servicios, se encuentra definida en la ley 489 de 1.998, por el numeral 2 del artículo 39 según el cual el sector descentralizado por servicios se encuentra integrado por los establecimientos, las empresas industriales y comerciales del estado, las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica; las empresas sociales del estado y las empresas oficiales de servicios domiciliarios; los institutos científicos y tecnológicos; las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder .

Para determinar las entidades centrales y descentralizadas, no solo en el orden nacional si no territorial dispone la ley 489 de 1.998:

ART. 39.—Integración de la administración pública. La administración pública se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos

administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el sector central de la administración pública nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un ministerio o un departamento administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el sector descentralizado de la administración pública nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señale la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley.

Como se puede observar los incisos 4 y 5 de la norma transcrita determinan el régimen jurídico de las entidades descentralizadas por el factor funcional de las entidades territoriales y la naturaleza jurídica de las corporaciones de elección popular de los Departamentos, los distritos y Municipios.

c. La descentralización por colaboración: Esta es una forma de ejercicio de funciones administrativas a través de particulares que ejerzan funciones públicas bien sea de manera transitoria, parcial, o temporal, quienes colaboran en la prestación de servicios, por ejemplo las funciones de registro de proponentes, registro único empresarial, registro mercantil que se encuentran a cargo de las cámaras de comercio.

d. La avocación: El artículo 211 de la constitución política de Colombia en el inciso segundo dispone:

“..... La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.....”

EVALUACIÓN DEL CAPITULO:

1. Indique cómo se clasifican las personas.
2. Diga cómo se puede clasificar la Nación
3. Enuncie las entidades del orden Nacional y como se clasifican.
4. Defina que es descentralización, desconcentración y delegación.
5. Haga un análisis comparativo entre los principios antes enunciados.
6. Diga cómo se clasifican las entidades del orden descentralizado por el factor territorial.
7. Diga cómo se clasifican las entidades centrales en el orden territorial.
8. Diga cómo se clasifican las entidades descentralizadas por el factor funcional en el orden Nacional.
9. Diga cómo se clasifica la Descentralización.
10. Enuncie las entidades descentralizadas del orden nacional.

FUNCIÓN PÚBLICA

INTRODUCCION

Así como hablamos de la estructura y funcionamiento de la Administración Pública, en una perspectiva orgánica y dinámica, no es menos importante aludir a la integración y conformación del componente esencial de la administración, el talento humano, visto no como partículas desarticuladas o componentes atomizados, si no las formas de organización, las funciones, el ingreso, las clases de sistemas de carreras, el régimen jurídico de cada uno, el proceso de ingreso, la inducción, las situaciones administrativas en que se encuentran, el régimen jurídico de los empleados públicos, de los trabajadores oficiales, los derechos y garantías de éstos, el régimen salarial, el régimen de prestaciones sociales, el régimen disciplinario y sancionatorio entre otros.

Este ejercicio, recoge una serie de experiencias, conceptos, disposiciones legales, sentencias judiciales que al unísono explican el objeto de este campo del saber aplicable al régimen jurídico de la administración pública, es como conjunto de elementos integrantes de un subsistema denominado el subsistema jurídico de gestión del talento humano, por ello resulta importante su lectura y estudio, guiado por el cuestionario que de manera muy amplia se formula al finalizar el capítulo.

OBJETIVOS

El estudiante estará en capacidad de:

1. Diferenciar los conceptos de Función Pública y Función Administrativa reconociendo los principios que orientan a aquella
2. Definir el concepto de Servidor, y conocer sus clasificaciones
3. Establecer los criterios para distinguir los Empleados y Trabajadores Oficiales, las características y consecuencias de ser uno y otro
4. Saber la naturaleza jurídica de la relación que une al Empleado Publico con la Administración; luego el concepto de Empleo Publico; las distintas clasificaciones de los Servidores; y los sistemas de administración de personal; la forma de provisión de los empleos; y la facultad para crear, suprimir o fusionar empleos de la Administración Publica a nivel nacional;
5. Distinguir entre los empleos de libre nombramiento y remoción, provisionales y de carrera.
6. Comprender las formas de provisión de los empleos, y los movimientos de personal.
7. Entender las situaciones administrativas en que se puede encontrar un funcionario público.
8. Conocer someramente el régimen disciplinario de los servidores.
9. Conocer las causales de terminación de la relación de función publica.

I. NOCIONES FUNDAMENTALES

1. PRECISIONES CONCEPTUALES

1.1 FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y FUNCIÓN PÚBLICA

Habitualmente se confunde la noción de Función Pública con la de Función Administrativa. Es común dar la misma significación a ambos conceptos. Cotidianamente cuando se habla de Función Administrativa se le denomina Función Pública, y viceversa. Tratándose de dos nociones relacionadas pero diferentes, vamos a delimitarlos para poder reconocerlas claramente.

1.1.1. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA⁵³

Hace referencia al conjunto de actividades destinadas a satisfacer los Fines del Estado, esto es, el bienestar general^{54 55}. Estas actividades que orgánicamente se encuentran radicadas en la rama ejecutiva del poder aunque funcionalmente también en las otras ramas del poder.

En principio, se encuentran orgánicamente asignadas a la Rama Ejecutiva del Poder, y se desarrollan a través del Presidente de la República, la Administración Centralizada, Descentralizada por Servicios, Descentralizada Funcionalmente y Descentralizada Territorialmente.

El conjunto de estas actividades esta compuesto por actividades tendientes a la ejecución de la Ley, reglamentación de la Ley, la potestad nominadora, de contratación, de policía para la preservación y conservación del orden publico, control, supervigilancia y seguimiento a la actividad económica, el ahorro privado, las actividades societaria, bursátil, cooperativa, y de prestación de servicios.

1.1.2 EJECUTAR LA LEY:

Esta actividad, está radicada primordialmente en cabeza del Presidente de la República, entendida como la potestad de dictar Ordenes, Decretos o Resoluciones tendientes a la ejecución de la Ley. Sin embargo, es delegada en los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes, Directores de Unidades Descentralizadas, y en los Gobernadores y Alcaldes.

⁵³ Artículo 209 de la Constitución Política de 1991

⁵⁴ Artículo 3 de la Ley 489 de 1998

⁵⁵ Sobre las definiciones de bienestar general según diferentes corrientes filosóficas, Nieto Alejandro. La Administración Sirve con Objetividad los Intereses Generales, en Estudios Sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría, tomo III, Editorial Civitas, 1991, páginas 2189 y 2190

1.2º. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA:

El Ejercicio de la Potestad Reglamentaria está en cabeza del presidente de la República de sus a través de los Decretos Reglamentarios que dicte. Sin embargo, no es de su exclusividad ya que organismos de otras ramas del poder, organismos de control y autónomos pueden dictar sus propios reglamentos en los aspectos no previstos por el legislador⁵⁶.

Esta potestad del Presidente se materializa en dos clases de Decretos:

Decretos Reglamentarios de Leyes Marco⁵⁷.

Decretos Reglamentarios de Leyes Ordinarias.

Sin embargo, el Presidente de la República también tiene la capacidad de delegar la potestad reglamentaria de Leyes Ordinarias en los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, según la materia.

1.3º. EJERCICIO DE LA POTESTAD NOMINADORA.

Se refiere a la actividad de nombrar personas naturales en cargos s para que ejerzan determinadas competencias, que no solamente está orgánicamente radicada en la Rama Ejecutiva, sino también funcionalmente en las otras ramas del Poder Público. Ejemplo:

- En la Rama Legislativa del Poder Público, cuando las Mesas Directivas del Congreso designan a los funcionarios del Congreso, no lo están haciendo en ejercicio de ninguna potestad legislativa, lo hace en ejercicio de la Potestad Nominadora que es una Función Administrativa.
- Cuando los Magistrados de las altas Cortes nombran relatores o secretarios, no están administrando justicia sino la potestad nominadora como forma de manifestación de la Función Administrativa.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 20 de mayo de 1994. Exp. 5185. M.P. Guillermo Chahín Lizcano

⁵⁷ A cerca de la naturaleza de los decretos que se dictan en desarrollo de una ley marco, la Corte Constitucional en Sentencia C-159 bdel 24 de febrero de 2004, M.P Alfredo Beltrán Sierra, estableció: "...La institución de las leyes marco, introducida e el ordenamiento constitucional colombiano con la reforma de 1968, persigue para determinadas materias, dada su complejidad y constante evolución, la colaboración del legislativo y ejecutivo, así: el primero, señalará al gobierno las pautas general dentro de las cuales éste último debe desarrollar en concreto su facultad reglamentaria ejecutando esos principios en una forma dinámica y de fácil modificación.....

...La expedición de toda ley marco implica entonces una distribución de poderes y facultades legislativas entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional. En efecto, el Congreso consagra los preceptos generales y el Presidente expide los denominados decreto ejecutivos, destinados a reglamentar, en forma por demás amplia, los asuntos a que se refiere la Ley, decretos éstos que, por cierto, no tienen la misma jerarquía de la ley de la cual derivan, pese a tener su misma generalidad y obligatoriedad".

- Cuando el Procurador General de la Nación nombra a sus Procuradores Delegados, no está ejerciendo la función de Control Disciplinario, sino la Potestad Nominadora, y eso es una Función Administrativa.
- Cuando el Contralor General de la República nombra a sus subalternos, no está ejerciendo la Función de Control Fiscal, está ejerciendo la potestad nominadora.

En la rama ejecutiva, al ser el Presidente la suprema autoridad administrativa, tiene prima facie, la potestad nominadora para los cargos de la rama ejecutiva a nivel nacional. Sin embargo esa competencia puede estar delegada en los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y Superintendentes, para que estos designen los cargos inferiores a los de jefe de división.

El Presidente de la República frente a la administración pública centralizada nacional, (los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales), nombra los cargos de jefe de división hacia arriba, es decir, nombra los Jefes de Oficina, Secretarios Generales, Viceministros, Subdirectores de Departamento Administrativo, Subdirectores de Unidades Administrativas Especiales; empero, de Jefe de División hacia abajo esta delegada la facultad, o en el Ministro o en el Jefe del Departamento Administrativo, o en el Superintendente, o en el Director de las Unidad Administrativa Especial..

1.4º. POTESTAD DE CELEBRAR CONTRATOS

Es otra de las funciones que orgánicamente está en la Rama Ejecutiva, pero que funcionalmente también pueden estar en cualquiera otra de las Ramas. Ejemplo:

Cuando el Congreso de la República compra el papel, no esta ejerciendo una función legislativa sino está ejerciendo una actividad administrativa propia de la potestad de contratación del Estado.

Cuando el Consejo Superior de la Judicatura compra computadores, no está ejerciendo función jurisdiccional, sino una de carácter Administrativo.

Cuando la Procuraduría contrata conferencistas para capacitar a los empleados, no está ejerciendo una función de Control, si no esta ejerciendo una función administrativa consistente en contratar una obligación de hacer.

Nuevamente, en la rama ejecutiva, esta función administrativa, en principio, está en cabeza del Presidente de la República⁵⁸, quien celebra los contratos a nombre de la Nación. Sin embargo, la ley 80 de 1993, delegó esa función en Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores de Unidad Administrativa Especial, Directores de Establecimientos, empresas y

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 25 de agosto de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía

sociedades de Economía Mixta y, en general, en todos los Jefes de Organismos y Entidades del Estado Colombiano. Ellos son, entonces, por Delegación de la Ley 80 de 1993 a quienes les corresponde Ejercer la Función Administrativa de la Celebración de los Contratos.

1.5º. LA PRESERVACIÓN Y EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE POLICÍA.

La Corte Constitucional a través de la Sentencia C-024 de enero 27 de 1994, M.P Alejandro Martínez Caballero, dice sobre el poder de policía lo siguiente: “La policía administrativa está entonces ligada a la limitación y regulación de derecho y libertades para preservar el orden. Pero esa limitación toma diversas formas: de un lado, se ejerce mediante la expedición de regulaciones generales como los reglamentos; de otro lado, supone la expedición de actos jurídicos concretos, como la concesión de una autorización; y finalmente, se desarrolla mediante operaciones materiales de uso de la fuerza pública y se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función.”

También, en principio la función de policía la tiene el Presidente de la República, y en los Departamentos y Municipios, la tienen las Asambleas y los Consejos, para dictar los Reglamentos de Convivencia Ciudadana, ó normas de Policía a Nivel Departamental y Municipal. La Corte Constitucional estableció que los Códigos solo los podía expedir el Congreso, pero en materia de disposiciones de Policía, las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales tienen la competencia de dictar normas referentes a los Reglamentos de Convivencia Ciudadana, anteriormente denominados Códigos Departamentales y Municipales de Policía. Es decir, cuando a los particulares se les dice que los Espectáculos solamente se pueden organizar en determinados lugares, o que los bares solamente pueden prestar servicio hasta las 3 de la mañana, se está reglamentando la convivencia entre la comunidad. Y la capacidad de regulación de esos aspectos los tienen los Consejos Municipales y las Asambleas Departamentales, reglamentados a su vez por los Alcaldes y Gobernadores

1.6º. PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

La Función Administrativa principal de la Administración Pública, desde la génesis del Derecho Francés, era la de Prestar Servicios, que pueden ser funcionales, Industriales y Comerciales, Domiciliarios, y están en cabeza de las distintas entidades y organismos de la Administración. Según el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios son inherentes a la función social del Estado. Es decir, esta función administrativa es la que mas tiene que ver con la finalidad mediata de las actuaciones administrativas.

1.7º. CONTROL, SUPERVIGILANCIA Y SEGUIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS, RELATIVAS AL AHORRO PRIVADO, A LA ACTIVIDAD COOPERATIVA, BURSÁTIL, SOCIETARIA Y PRESTADORA DE SERVICIOS.

Esta radicada, en principio, en el presidente de la República, pero según el artículo 66 de la Ley 489 de 1998, se encuentra delegada por Ley o por el Presidente previa autorización legal en las Superintendencias, que son organismos creados por Ley, con autonomía administrativa y financiera pero sin personería jurídica.

2. FUNCIÓN PÚBLICA

Es el conjunto de normas, principios, instituciones, procedimientos, y trámites que regulan la relación entre el servidor público y la administración. Es decir, se refiere a la relación o el vínculo entre el Servidor Publico y la Administración. Constitucionalmente la encontramos regulada en el capítulo 2 del título V de la Carta Política.

El vínculo que une al Funcionario Publico con la Administración puede ser de dos clases:

Vínculo Legal y Reglamentario: empleados o funcionarios.

Vínculo Contractual y Laboral: trabajadores oficiales.

En sentido lato, el concepto de Función Pública, abarca tanto el vinculo contractual como el legal y reglamentario, incluyéndose en la definición de Función Publica, tanto a quienes tienen la naturaleza jurídica de Funcionarios o Empleados, como a quienes tienen la naturaleza Jurídica de trabajadores Oficiales.

Ahora en sentido restringido, la Función pública es el conjunto de principios, instituciones, reglas y procedimientos que regulan la relación entre el Empleado Publico o Funcionario Publico con la Administración. Es decir, únicamente lo relacionado con **la Relación Legal y Reglamentaria** de una persona natural con la administración, y no la que tienen los trabajadores oficiales.

Ahora bien, el concepto de Función Publica, comparte con el de Función Administrativa los mismos principios de raigambre constitucional que regulan la relación entre los Servidores s y la Administración. Esos principios están consagrados en el Art. 209 de la Carta Política, que regulan la Función Administrativa; y hace referencia a los principios de ECONOMÍA, CELERIDAD, TRANSPARENCIA, MORALIDAD, PUBLICIDAD, EFICACIA IMPARCIALIDAD. Esto significa en relación con la Función Publica que los Funcionarios s o los Servidores s, en su relación con el Estado, con la Administración (en relación con el vinculo que lo une con la Administración), deben siempre someterse a estos principios constitucionales.

Los Principios de la aquella son extensivos a ésta. Así se señala en la ley que orienta la Función Pública en Colombia, la Ley 909 de 2004 en su artículo 2.

2.1. PRINCIPIO DE ECONOMÍA:

El Servidor Publico, deberá siempre buscar la protección de los bienes y dineros del Estado, evitando inversiones riesgosas que vayan a significar detrimento del patrimonio estatal, so pena de estar haciéndose responsable patrimonial, disciplinaria, fiscal y penalmente.

De otra parte, se busca que, en las actuaciones publicas, el Servidor Publico, utilice el menor número de trámites y gaste o comprometa la menor cantidad de recursos estatales en el cumplimiento de sus actividades administrativas.

2.2. PRINCIPIO DE CELERIDAD

El Servidor Publico, deberá en su relación con el Estado, ejecutar y tramitar los asuntos a su cargo en el menor tiempo posible, tomando oportunamente las decisiones sin demorar innecesariamente las actuaciones que le corresponden.

2.3. PRINCIPIO DE EFICACIA

Todas las actuaciones que realice el Servidor Público deben estar orientadas al cumplimiento de los Fines Estatales.

2.4. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Todas las actuaciones de los Servidores s son públicas y por lo tanto deben ser conocidos por todas las personas para que puedan ser sometidas al escrutinio. Ningún acto puede ser considerado como reservado a no ser que la ley le haya otorgado tal carácter. Solo por expresa disposición legal, el acto tiene el carácter de reservado.

La jurisprudencia constitucional en este sentido se ha pronunciado inclusive en relación con los temas de las Empresas de Servicios, que habían argumentado que como sus actos estaban regidos por el derecho privado, entonces no estaban sometidos al conocimiento. La Corte Constitucional ha señalado que en las Empresas Publicas de Servicios, quienes ejecutan esos actos de todas maneras tienen la naturaleza de Servidores.

2.5. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Todos los actos y actuaciones que realicen los servidores s, en relación con la administración, deben buscar el interés general, por tanto, no pueden buscar intereses personales, en provecho propio, o de un tercero. El único interés que debe orientar a los Funcionarios y Servidores es, la finalidad mediata de la función

administrativa, esto es, el Interés General, so pena de estar esa actuación viciada por lo que se denomina Desvío de Poder.

Para garantizar este principio, la ley a establecido las instituciones denominadas **IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES**, es una garantía contra la concentración de poderes, derivada de interacciones sociales o familiares, tendientes a brindarle al ciudadano reglas objetivas libres de consideraciones de orden subjetivo, esto es, el funcionario que se considere que tiene relación o interés en la ejecución de una determinada actividad, o que tiene un vínculo, un interés, o una relación con un tercero para la ejecución de una determinada actividad que esta asignada a su cargo, tiene que declararse **IMPEDIDO**; y cuando un particular vea que un Funcionario Publico tiene un vínculo, relación, o interés propio o de un tercero en un asunto, lo que tiene que hacer es **RECUSARLO**.

3. SERVIDOR

El Servidor es el sujeto de la Función Publica. Es la Persona Natural que de manera permanente desempeña, ejecuta o realiza funciones administrativas, o de servicios ⁵⁹. Esto significa que:

Cuando nos referimos al Servidor Publico, siempre será una persona natural. No podrán ser Servidores s las personas jurídicas.

Lo que va identificar al Servidor Publico, va a ser la vocación de permanencia en la ejecución de la función administrativa.

Ésta persona natural va a ejecutar funciones administrativas, o de prestación de servicios de naturaleza industrial y comercial, domiciliaria, funcional o administrativa. Esas actividades tienen también carácter permanente. Por consiguiente, además de la vocación permanente del servidor también la función administrativa, es de naturaleza permanente en busca de los fines estatales.

El servidor, en los términos del Estatuto Contractual ⁶⁰“son las personas naturales que prestan sus servicios dependientes de los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes delegue la celebración de contratos en representación de aquellas”.

En síntesis es una persona natural que se vincula bajo una relación de dependencia de una entidad Estatal, la cual se vincula a la administración a través de una situación legal o reglamentaria o a través de un contrato, que no es un

⁵⁹ Literal a) numeral 2. Artículo 2 ley 80 de 1.993.

⁶⁰ Idem 58 en cit.

contrato administrativo ni regido por este estatuto, si no un contrato de trabajo bajo unas condiciones laborales allí consagradas.

3.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE SERVIDOR

En Francia, a partir de la elaboración de la Teoría del Servicio se va a identificar al Servidor como la persona encargada de ejecutar o prestar los Servicios s. El concepto de Servidor de la misma forma como lo hizo el concepto de Servicio, veamos:

El concepto inicial en el Derecho Francés de Servicio Publico era el del Servicio Publico Funcional o Administrativo, casi que por denominarlo por oposición al servicio militar que tiene una estructura y relación muy diferente, de ahí que todas las actividades desarrolladas por una persona jurídica distinta de la Nación o del Estado Central, que tendieran a satisfacer necesidades colectivas o generales, eran regidas por el Derecho Administrativo.

Luego, el concepto de Servicio entra en crisis al aparecer la noción de Servicio Industrial y Comercial, diferenciada del funcional o administrativo. Aquel se conoce como las actividades de naturaleza general pero con características industriales y comerciales, desarrolladas por una persona jurídica, con patrimonio propio, autonomía financiera y autonomía administrativa pero conforme a las reglas del derecho privado, tendiente también a satisfacer las necesidades colectivas.

Entonces ¿Cuál es el Servidor Publico?, ¿el que ejecuta las actividades conforme a las normas del Derecho Publico, es decir, el que ejecuta las actividades de servicio publico Funcional, o el que ejecuta las actividades de Servicio Publico Industrial o Comercial, conforme a las normas del Derecho Privado?

Pues bien, ambos se van a considerar Servidores s, solo que a los que ejecutan servicios administrativos o funcionales, conforme a las normas de Derecho Público, se les va a denominar *Empleados o Funcionarios*. Y, a quienes ejecutan las actividades de Servicio, Industriales y Comerciales, conforme a las normas del Derecho Privado, se les va a denominar *Trabajadores Oficiales*.

Pero genéricamente, el concepto de Servidor Público se seguirá usando para identificar a todas las personas que prestan Servicios, ya sean industriales y comerciales o administrativo - funcionales

Así, ligada a la noción de Servicio Público surge la noción de Servidor Público, Sin embargo, en periodos anteriores a que apareciera la noción de Servicio Publico, cuando el derecho administrativo todavía se encontraba ligado al Derecho Privado, a las Personas que prestaban sus Servicios a la Administración y estaban ligadas al Estado, se les denominaba "Mandatarios", porque se decía que su

vinculo con la administraron se asemejaba a un Contrato de Mandato⁶¹, el cual no es mas que el contrato por medio del cual una persona encarga a otra, en igualdad de condiciones, la ejecución de uno o varios negocios o actos jurídicos, es decir, es un encargo específico.

Hoy en día, como rezago de esa concepción, vemos que al Presidente de la República lo denominan “Primer Mandatario”. Entonces todavía ese concepto tiene influencia en el lenguaje que utilizamos para designar a las personas que prestan sus Servicios al Estado.

3.2 DESARROLLO HISTÓRICO EN COLOMBIA

En Derecho Colombiano, un primer intento de clasificar e identificar con nombres genéricos a quienes prestaban sus servicios a la administración, surge en el Código de Régimen Político y Municipal, (ley 4° de 1.913), en donde los Servidores Estatales se clasificaban en:

Magistrados: personas vinculadas al Estado, dotadas de Jurisdicción, autoridad y mando.

Funcionarios: Aquellas personas que desempeñaban funciones públicas dotadas de Autoridad y Mando, más NO de Jurisdicción.

Empleados: Quienes desempeñan funciones administrativas o públicas pero SIN autoridad, mando o jurisdicción.

Meros Oficiales: Quienes desempeñan actividades materiales que puede desempeñar cualquier persona, y para las cuales no se necesita ningún grado de instrucción.

Posteriormente hacia el año **1945** a los Meros Oficiales se les empieza a denominar como “trabajadores Oficiales”.

Luego se expide el **Decreto 3135 de 1968** que va a clasificar a las personas que prestan sus servicios a la Rama Ejecutiva del Poder Público a Nivel Nacional con cualquier tipo de relación permanente, sea legal o reglamentaria, o contractual, como “Empleados Oficiales”, que a su vez se clasifica en:

Empleados o Funcionarios: ligados por una relación Legal y Reglamentaria.

Trabajadores Oficiales: ligados por una relación Contractual-Laboral.

⁶¹ El Código Civil lo define en su artículo 2142 así: “El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, e en general mandatario.

En ese sentido, es el Decreto 3135 de 1968, que para la rama ejecutiva a nivel nacional, asimila el concepto de empleado público al de funcionario.

Frente a los servidores de las administraciones departamentales y municipales, las disposiciones sobre su clasificación serán las de la Ley de 1945 que los había clasificado en Trabajadores Oficiales, en Empleados y en Funcionarios (ya no en Magistrados).

Respecto a los servidores del Congreso de la República y de los Organismos de Control no existía una clasificación general sino que tenían su propia clasificación.

Es hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, en su artículo 123, la que nos permite establecer que las personas naturales que desarrollen actividades y funciones públicas, o funciones administrativas o presten servicios con carácter permanente recibirán el nombre de Servidores. Luego los va a clasificar en 3 categorías: Miembros de las Corporaciones Públicas, Empleados del Estado y Trabajadores del Estado:

Esta clasificación tripartita de los Servidores se va a aplicar en todas las ramas del poder y entidades del Estado, incluidos las de Control, Electorales, Autónomas Constitucionales, independientemente del vínculo que tengan y del Organismo, Entidad o Rama del Poder Público del que se trate.

El concepto de Servidor y su clasificación permitieron solucionar los problemas y dificultades que se presentaban para identificar cuando estábamos en presencia de uno de ellos, y cuál era su naturaleza jurídica. Por ejemplo: Los empleados del Banco de la República: En la Constitución de 1991 el Banco de la República se establece como uno de los Organismos Autónomos Constitucionales. Antes de la Constitución de 1991, el Banco de la República, tenía un tratamiento constitucional separado al de los demás Organismos y Entidades Públicas, y sus trabajadores se consideraban como privados y no como Servidores al formar parte de la rama ejecutiva, donde operaba la clasificación. En ese sentido, no había una precisión o claridad de cuál era la naturaleza jurídica de los Servidores del Banco de la República.

Antes de la Constitución de 1991, sobre los diputados y concejales, no se les era aplicable la Ley 6ª/45 porque ellos no formaban parte de las Gobernaciones ni de las Alcaldías, ya que los destinatarios de esa Ley solo eran los funcionarios estas.

El régimen disciplinario antes de la Ley 200/95 estaba fundamentalmente dirigido a los empleados s. Entonces, si diputados y concejales no eran empleados ¿Cómo se disciplinaban? También existía la dificultad para disciplinar a los trabajadores oficiales, porque las leyes solamente se referían a los empleados o funcionarios.

Ahora bien, los órganos de control, la organización Electoral, tampoco formaban parte de la rama ejecutiva, entonces ¿Cuál era el régimen aplicable a sus trabajadores?

En la Rama Legislativa, Senadores y Representantes, tienen régimen especial, dictado por ellos mismos pero ¿Cuál era el régimen, clasificación y denominación de los funcionarios subalternos del Congreso de la República? ¿Qué naturaleza jurídica tenían?

La clasificación que trae la Constitución entre trabajadores del Estado, empleados del Estado y miembros de las Corporaciones Públicas aplica para todos los servidores de carácter permanente de la Administración del Estado colombiano, independiente si pertenecen a la rama ejecutiva, legislativa, jurisdiccional, a los organismos de control del Estado, o a los organismos autónomos constitucionales. Es decir, la clasificación abarca absolutamente todo el estado, y cualquier persona que se encuentre vinculada a éste en una forma permanente desempeñando cualquiera de las funciones estatales independientemente si su vínculo es de naturaleza legal y reglamentaria, o contractual laboral o es miembro de una Corporación Pública, siempre va a estar encuadrada en una de esas 3 clasificaciones.

En la **Rama Legislativa** del poder esas 3 categorías van a aparecer representadas de la siguiente forma:

Los miembros de las Corporaciones Públicas lo serán los Senadores y Representantes. Pero además de ellos, en el Congreso de la República vamos a encontrar los trabajadores y empleados del Estado.

Los Empleados del Estado van a ser los empleados del Congreso de la República.

Los trabajadores del Estado van a recibir en la rama legislativa la denominación de trabajadores del congreso de la república, ya sea que laboren en el Senado o la Cámara de Representantes.

En la **Rama Ejecutiva, a nivel nacional** vamos a encontrar a Trabajadores del Estado y Empleados del Estado.

Los Empleados del Estado en la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional van a recibir la denominación de Empleados o Funcionarios.

Los Trabajadores del Estado van a recibir la denominación de trabajadores oficiales.

En la **rama ejecutiva del poder a nivel territorial** vamos a encontrar las 3 categorías.

Los miembros de las corporaciones públicas a nivel territorial van a recibir la denominación de Diputados para el caso de los miembros de las asambleas departamentales, concejales para el caso de los miembros de los Consejos Municipales, y Ediles para el caso de las Juntas Administradoras Locales.

Los Empleados del Estado a nivel territorial van a recibir la denominación de Empleados o Funcionarios. Incluidos el Alcalde y Gobernador

Los Trabajadores del Estado van a recibir la denominación de Trabajadores oficiales. Construcción y Mantenimiento.

En la **Rama Judicial** vamos a encontrar las siguientes categorías de Empleados y Trabajadores del Estado:

Magistrados de las Cortes y Tribunales), Funcionarios de la Rama (Jueces) y Empleados de la Rama (subalternos de las Cortes, Tribunales y Juzgados, por ejemplo secretarios, auxiliares, sustanciadores, relatores, notificadores).

Los trabajadores del Estado van a recibir la denominación de Trabajadores de la Rama Judicial.

En la **Fiscalía General de la Nación** existen 2 categorías: Empleados del Estado y Trabajadores del Estado.

Empleados del Estado agrupados en dos categorías:

Funcionarios de la Fiscalía y empleados de la Fiscalía. Los funcionarios de la Fiscalía van a ser los fiscales y los demás empleados de la Fiscalía (CTI, Administración, Auxiliares) se van a llamar empleados de la Fiscalía.

Trabajadores del Estado en la Fiscalía van a recibir la denominación de Trabajadores de la Fiscalía (labores de mantenimiento, conservación, aseo).

En los Órganos de Control:

En la **Procuraduría General de la Nación** vamos a encontrar

Empleados del Estado agrupados en 2 categorías:

Funcionarios de la Procuraduría (Procurador General y Delegados).

Empleados de la Procuraduría (Secretarias, Asistentes, Asesores).

Trabajadores del Estado: se van a denominar Trabajadores de la Procuraduría (aseo, mantenimiento).

En la **Contraloría General de la Nación** los Empleados del Estado van a recibir la denominación de empleados de la Contraloría. Y los Trabajadores del Estado van a recibir la denominación de Trabajadores de la Contraloría.

En la **Organización Electoral**, de igual forma, los empleados del Estado van a recibir la denominación de empleados del Consejo Nacional Electoral o de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y los Trabajadores del Estado van a recibir la denominación de Trabajadores del Consejo Nacional Electoral o de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En los **Organismos Autónomos Constitucionales** van a existir los Empleados s del Banco de la República y los Trabajadores del Banco de la República.

En la **Comisión Nacional de Televisión**, de igual forma.

Como se puede observar, derivada de la caracterización general que hace la Constitución Política de los Servidores s como personas naturales que tienen un vinculo de naturaleza permanente o que tiende a serlo, independientemente de la naturaleza jurídica del vinculo (contractual laboral o legal y reglamentario), lo fundamental es que el vinculo tiende a la permanencia.

Por el contrario, dice que las personas que ocasional o transitoriamente presten o desarrollen funciones públicas son particulares que transitoria u ocasionalmente desarrollan funciones públicas frente a los cuales la Ley establecerá su régimen. A esas personas la Constitución Política no les otorgó la condición de Servidores, sino que los denominó particulares que transitoriamente desempeñan Funciones Públicas. Eso es muy importante tenerlo en cuenta por las siguientes razones:

No podemos convertir per se a un particular que transitoriamente desempeña funciones públicas en Servidor Público. Le podemos aplicar algunas disposiciones del régimen de los Servidores s, por ejemplo, en materia disciplinaria la Ley 734 es muy clara en indicar que el régimen disciplinario opera tanto para los Servidores como para los particulares que ocasional o transitoriamente desempeñen funciones públicas. El Código Penal dice que las personas que ocasional o transitoriamente desempeñen Funciones Públicas para los efectos de la aplicación de la Ley penal serán consideradas como Servidores, pudiendo ser autores del delito de peculado, al apropiarse indebidamente de bienes del Estado.

Cuando se dice que la Ley será la que determine su régimen no quiere decir que exista una única ley que diga "régimen de los particulares que transitoriamente prestan sus servicios al Estado", sino que, por ejemplo, como ocurre en la Ley 80, ésta regula el comportamiento de los particulares frente al Estado cuando se va a producir un proceso de contratación.

La Ley 909 de 2004 trajo como novedad, la existencia de los denominados empleos transitorios. En nuestra opinión, desvirtúa la definición constitucional de empleo, cuya característica principal es la vocación de permanencia,

independientemente de que se pueda sacar en cualquier momento, independientemente de su régimen jurídico. Entonces si ahora decimos que hay empleos de naturaleza transitoria, eso era precisamente lo que identificaba a los particulares que desempeñaban transitoriamente funciones públicas. Eso no es acorde con la Constitución, la cual dice que no existirá empleo en Colombia sin funciones asignadas en ley o reglamento.

Ahora bien, así como hay una clasificación de los Servidores s, para los particulares que desempeñan ocasionalmente funciones públicas, existen diversas modalidades de estos, como supernumerarios, contratistas de prestación de servicios del estado, auxiliares de la administración de justicia, jurados de votación y los funcionarios de las Cámaras de comercio encargados de llevar el registro mercantil.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 2 define a los servidores s como: “personas naturales que prestan sus servicio dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas”. De esa definición podemos extractar lo siguiente:

Se trata de una relación de dependencia entre una persona natural a una persona jurídica de derecho, el servidor y la administración, se encuentran en esa relación de dependencia, la cual es un elemento fundamental de cualquier relación laboral. Por consiguiente, así no exista contrato laboral de vinculación de las personas a la administración se trata de una verdadera relación de trabajo.

3.2 CLASES DE PARTICULARES QUE TRANSITORIAMENTE DESEMPEÑAN FUNCIONES PUBLICAS.

3.2.1. SUPERNUMERARIOS.

Son particulares que desempeñan funciones públicas de carácter ocasional o transitorio, o que, desarrollando funciones públicas de naturaleza permanente, para cumplir una vacante que en la Administración no ha podido ser cubierta mediante un movimiento de personal, o mediante nombramientos provisionales lo hacen por un tiempo determinado.

El supernumerario se vincula a la administración mediante nombramiento más posesión; recibe un salario, se le paga mediante una resolución de reconocimiento de salario; tiene derecho a prestaciones sociales en los mismos términos que un funcionario y desempeñan funciones que son típicamente administrativas. Tiene una relación de subordinación y dependencia con sus superiores jerárquicos.

Tiene las mismas características del Funcionario Publico excepto que no tiene vocación de permanencia. El supernumerario desarrolla funciones públicas de

carácter permanente durante el tiempo que se encuentre vacante el cargo que no haya podido ser cubierto por un movimiento de personal.

La figura de los supernumerarios fue utilizada en los años setenta y ochenta, configurando verdaderas plantas paralelas dentro de la administración pública colombiana, llegándose a tener casi igual número de supernumerarios y de funcionarios. La forma de su vinculación era nombramiento como supernumerarios por 3 meses, los dejaban ir por 15 días, y luego les volvían a hacer otro nombramiento como supernumerarios por 3 meses; se actuaba así, porque si no se estaba en la Administración por más de 3 meses continuos, no tenían derecho a prestaciones sociales, sino únicamente a cesantías, perdiendo, por ejemplo primas de navidad o de Servicios, etc. Algunos podrían durar más de 20 años con esa vinculación, adquiriendo el derecho a pensión de jubilación.

Sin embargo, a finales de los años noventa, la Corte Constitucional indicó que por ser la relación de los supernumerarios igual a la de un empleado, excepto por su vocación de permanencia, tendrían también derecho al recibo de Prestaciones Sociales desde que ingresaran a la administración.

A comienzos de los años noventa, la figura de los supernumerarios ya estaba en decadencia. ¿Por qué razón? Porque las disposiciones de naturaleza presupuestal, habían limitado a las entidades públicas contratar supernumerarios por ser una figura de carácter excepcional para cubrir unas vacantes que no se podían cubrir con movimientos de personal o para desarrollar actividades transitorias, evitando que siguiera tomando como una figura de naturaleza ordinaria y permanente, evitando la creación de plantas de personal paralelas, que desempeñaban funciones permanentes de la entidad que debías ser ejercidas por sus empleados.

Entonces a partir de los años noventa, las disposiciones presupuestales indicaron que las entidades públicas para poder contratar supernumerarios, previamente la Ley Anual de Presupuesto debía establecer el rubro correspondiente al pago de los servicios de éstas personas, especificando claramente la naturaleza de las funciones transitorias que ellos iban a desempeñar, y en que oportunidades y cargos vacantes iban a entrar. Adicionalmente, limitó la cuantía de lo que las Entidades Públicas podían destinar pasar los supernumerarios, esto es, entre el 3%, 5%, 7% o 10% del valor de la Nomina Anual para destinar como presupuesto del gasto de los supernumerarios.

Posteriormente las mismas disposiciones presupuestales, establecieron que solamente entidades como la Registradora Nacional del Estado Civil, en época de elecciones, para el periodo previo y posterior a la realización de la votación, podía vincular personal supernumerario, pero únicamente para ese periodo de elecciones, ya que posteriormente no lo podría hacer; lo mismo, el DANE podía vincular supernumerarios cuando fuera a hacer los Censos de Población cada 10 años en el país; precisamente en el año 2005 se realizó el censo de población, para lo cual el DANE autorizó la contratación de una serie de supernumerarios

para la realización de las actividades transitorias del censo de población. El ICFES también vincula supernumerarios para la realización de las Pruebas de Estado.

Estas limitantes, se establecieron porque la figura de los supernumerarios había entrado a sustituir en muchos casos la figura del Funcionario, reemplazándose o el nombramiento y posesión de Funcionario Público por el nombramiento y posesión para supernumerarios, creándose nóminas paralelas.

Así pues, el supernumerario tiene toda la apariencia y características de un Funcionario Público, así:

- Cumple funciones propias de que cumplen los funcionarios.
- Se vincula por nombramiento y posesión como se vincula un funcionario público.
- Recibe salario y prestaciones como lo recibe el funcionario.
- Tiene una relación de subordinación y dependencia como la tiene el funcionario.
- Ejecuta y realiza actos administrativos como los ejecuta y los realiza el funcionario.
- PERO ESTÁN LIMITADOS A AQUELLAS ENTIDADES A LAS CUALES EXPRESAMENTE LA LEY DE PRESUPUESTO ASÍ LOS HA AUTORIZADO, O AQUELLAS ENTIDADES QUE EN SUS PRESUPUESTOS HAN CONTEMPLADO UNA PARTE DEL VALOR DE SU NOMINA PARA PAGAR LOS SERVICIOS DE LOS SUPERNUMERARIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE FUNCIONES OCASIONALES O TRANSITORIAS O PARA EL REEMPLAZO DE FUNCIONARIO CUANDO NO HA SIDO POSIBLE HACER EL REEMPLAZO CON MOVIMIENTOS PERSONAL O CON NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES.

La Ley 909 de 2004, establece el denominado nombramiento transitorio u ocasional, el cual, decíamos va en contravía a la noción de empleo en función a la vocación de Permanencia; Sin embargo la Ley 909 considera ese Empleo Público de naturaleza Ocasional o Transitorio con las mismas características del supernumerario, solo que antes, el supernumerario era un particular que transitoriamente desempeña funciones públicas, hoy llamado servidor de carácter transitorio u ocasional.

El empleado que desempeñe las funciones de naturaleza ocasional o transitoria tendría todas las características de un supernumerario, porque iría a desempeñar funciones públicas de cargos en vacancia temporal que no hubiesen podido ser cubiertos con movimientos de personal o nombramientos provisionales; solo que antes el supernumerario era un particular que transitoriamente desempeña funciones públicas, pero hoy es llamado empleado de naturaleza transitoria, gozando de todas las características de un servidor público y no sería más un particular que desempeñe transitoriamente funciones públicas.

Así pues, la figura del supernumerario fue desplazada por la del empleado transitorio u ocasional en la Ley 909 de 2004.

Ahora bien, la administración puede seguir vinculando supernumerarios, por cuanto las norma que establece esta figura, Decreto 1042 de 1978, no han sido derogadas ni expresa ni tácitamente por la Ley 909 de 2004. Sin embargo, siguiendo la filosofía de la Ley 909 de 2004, la figura a utilizar para evitar la creación de plantas paralelas, como se había hecho a través de los nombramientos de los supernumerarios, es la de los empleos de carácter temporal establecidos por la Ley 909 de 2004

4. CONTRATISTA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DEL ESTADO.

La Ley 80/93 establece que las personas naturales pueden por vía de contrato de prestación de servicios, desempeñar o ejecutar actividades de naturaleza administrativa propias de la entidad correspondiente, de forma transitoria que no puedan ser cumplidas por los funcionarios de planta del personal de la entidad.

Serán llamados contratistas de prestación de los servicios al Estado. No tienen relación de subordinación y dependencia con la entidad pública sino que serán autónomos e independientes, ejecutando sus actividades con plena autonomía técnica, administrativa y Financiera. Además, no reciben salario sino honorarios, y no tiene derecho a prestaciones sociales.

No obstante, en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, puede existir prueba en contrario que demuestre que una relación de contratista independiente haya adquirido en la realidad las características de una relación laboral, al consolidarse la permanencia, la subordinación y dependencia, los cuales son elementos configurativos de un vínculo de naturaleza laboral y no civil o comercial, amén de las prerrogativas y derechos que esto implica para el trabajador.

5. AUXILIARES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Son aquellos particulares que en los procesos judiciales o en las actuaciones administrativas cumplen funciones como secuestres, peritos, albaceas, curadores ad lite, etc. Son las personas que desarrollan actividades de auxilio al juez, para la tenencia o Salvaguarda de diferentes intereses, ya sea para la Representación de personas que no pueden hacerlo directamente, o para la rendición de dictámenes o conceptos de naturaleza técnica que las partes o el juez hayan decretado.

No tienen ningún vínculo laboral con la administración, y como contraprestación a sus servicios reciben honorarios, y la ejecución de sus actividades están reguladas por el Código de Procedimiento Civil. Las labores por ellos desempeñadas dependen de la duración de los procesos judiciales en donde actúan como auxiliares de la justicia.

Sus funciones son administrativas, ya que tienden a proteger el bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia, que redundan en el bienestar general, y por tanto, están sujetos a responsabilidad penal, disciplinaria, fiscal y patrimonial.

6. JURADOS DE VOTACION.

Durante el día de elecciones nacionales o regionales, los jurados de votación, son las personas encargadas de recibir en cada mesa a los votantes, velando por la transparencia del proceso, guiando a la ciudadanía e informando a la Registradora los resultados del escrutinio. Frente a esa actividad cumplen funciones administrativas tendientes a proteger el proceso democrático de elección de los representantes políticos de la comunidad, y frente a ella son responsables penal, disciplinaria y patrimonialmente.

No reciben emolumento alguno, solamente tienen derecho a que se les dé un día compensatorio por el día de elecciones.

7. MIEMBROS DE JUNTA O CONSEJO DIRECTIVO.

En las Entidades Públicas existen Consejos Directivos, conformados generalmente por funcionarios de la entidad. Sin embargo, hay ocasiones en donde hay personas que representan gremios económicos, sindicatos, la iglesia, o representantes directivos del Presidente de la República, y participan en la toma de decisiones de naturaleza administrativa.

Ellos no reciben salario ni prestaciones sociales, simplemente reciben honorarios por cada junta. No pueden ser miembros de más de dos Juntas o Consejos Directivos.

8. FUNCIONES DE LAS CAMARAS DE COMERCIO

Estas entidades están encargadas de llevar los registros mercantiles y el Registro Único de Proponentes. Son funciones públicas. Los funcionarios de las Cámaras de Comercio no reciben ni salario, ni honorarios provenientes del erario, sino de los emolumentos propios que las Cámaras de Comercio pagan a sus trabajadores, recaudados de lo que reciben de las tarifas que cobran por llevar los registros.

9. CRITERIOS PARA DISTINGUIR ENTRE EMPLEADOS Y TRABAJADORES OFICIALES

Decíamos que dentro de los servidores, se encontraba la clasificación de empleados y trabajadores oficiales, a parte de los miembros de las corporaciones públicas. Veamos los criterios para diferenciar los dos primeros.

Para ello, la doctrina francesa ha elaborado tres criterios para diferenciarlos, estos son el **orgánico, el funcional y el formal**.

9.1 CRITERIO ORGÁNICO

De conformidad con este criterio, la diferenciación entre empleados y trabajadores oficiales va a depender fundamentalmente del órgano o entidad al cual se encuentre vinculado el servidor público. Si éste pertenece a un órgano de la administración central tendrá la naturaleza de empleado público. Por el contrario, si pertenece a un órgano de la administración descentralizada, tendrá la naturaleza de trabajador oficial. Entonces la naturaleza de la entidad u órgano al cual se pertenece es lo que determina si es empleado público o trabajador oficial.

9.2 CRITERIO FUNCIONAL

Según este criterio, la naturaleza jurídica de empleado público o trabajador oficial se adquiere en razón de las funciones que desempeña. Si se ejercen funciones de dirección o confianza, se tendrá la naturaleza de empleado público, pero si son funciones industriales o comerciales se tendrá la naturaleza de trabajador oficial. Entonces la naturaleza jurídica del servidor público va a depender del tipo de actividad que desempeña.

9.3 CRITERIO FORMAL

Para este criterio, la naturaleza jurídica del servidor público se va a determinar por la forma en que se produjo el vínculo cuando la persona ingresó a la administración. De tal manera que si la forma fue nombramiento más posesión generando un vínculo legal y reglamentario, se tendrá la naturaleza de empleado público, pero si fue mediante contrato de trabajo será trabajador oficial.

9.4 CRITERIO ACOGIDO EN EL DERECHO COLOMBIANO

El legislador colombiano a través del Decreto 3135 de 1968, adoptó los criterios **ORGÁNICO** y **FUNCIONAL**. El primero considerado como la regla general, y el segundo como la excepción. En ese sentido, se establece que son empleados las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Unidades Administrativas Especiales, Superintendencias y Establecimientos, con excepción de quienes desarrollen, en esas entidades, labores de construcción, mantenimiento o conservación de bienes, obras o servicios. Luego dice que, son trabajadores oficiales todas las personas que presten sus servicios en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Empresas Sociales del Estado, y Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga el 90% o más de capital, siempre y cuando no desarrollen labores de dirección, confianza o manejo, puesto que quienes desarrollen estas actividades tendrán la naturaleza jurídica de empleados.

De lo anterior se concluye que el legislador adoptó los criterios orgánico y funcional. El orgánico como regla general cuando dice que son empleados quienes presten sus servicios en determinadas entidades y que son trabajadores oficiales los que presten sus servicios en otra clase de entidades. El criterio de la excepción, esto es, el funcional, lo aplica cuando dice que excepcionalmente no son empleados en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos, quienes desempeñen labores de construcción, mantenimiento, conservación de bienes, obras o servicios. Ellos tendrán la naturaleza jurídica de trabajadores oficiales. Y luego la ley dice que en las empresas industriales y comerciales. Las Empresas Sociales del Estado y en las Sociedades de Economía Mixta, quienes desempeñen labores de dirección, confianza o manejo tendrán la característica de empleados.

De esa manera el criterio de la regla general para identificar quienes son empleados y quienes son trabajadores oficiales, es el criterio orgánico. Y el criterio de la excepción es el criterio funcional.

Por ello, la corte suprema de justicia ha indicado en diversos pronunciamientos que las clasificación en Colombia entre empleados y trabajadores oficiales, y los criterios para distinguir entre unos y otros, operan *opae legis*, esto es, por mandato de la ley. Es un Decreto con fuerza de Ley el que ha establecido los dos criterios de clasificación. Por tanto, no pueden ser reemplazados por criterios doctrinales, ni jurisprudenciales. Nadie puede acudir al criterio formal para establecer qué clase de servidor es una persona diciendo que si el vínculo con la administración se hizo con nombramiento más posesión entonces es un empleado público, y si fue por contrato de trabajo es trabajador oficial. Durante algún tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado aceptaba aplicar el criterio formal como criterio para distinguir entre empleados y trabajadores oficiales. Sin embargo, su propia jurisprudencia reevaluó su tesis y aceptó que en Colombia los criterios de distinción entre empleados y trabajadores oficiales operan *opae legis* y que, por tanto, no es posible que la jurisprudencia, por fuera del criterio orgánico o el funcional considere otro.

Entonces, el criterio formal no es criterio de distinción en Colombia, sino más bien, es consecuencia de ser empleado público o de ser trabajador oficial. Es decir, atendiendo a los criterios orgánico y funcional, una persona que sea empleado público, debe vincularse mediante nombramiento más posesión, y un trabajador oficial mediante contrato de trabajo. La forma de vinculación no determina la naturaleza del servidor público. La consecuencia no se puede convertir en la causa. La causa es que por el criterio orgánico o el criterio funcional se es empleado público o trabajador oficial, y consecuencia de eso la vinculación será mediante contrato de trabajo, o por medio de nombramiento más posesión.

Puede suceder que alguien haya sido vinculado mediante nombramiento más posesión, pero si no responde al criterio orgánico o funcional no es empleado público. O sí, tiene contrato de trabajo pero no corresponde a los criterios orgánico y funcional, no sea trabajador oficial. Por eso, cuando se quiere saber la

naturaleza jurídica de la relación de un servidor con la administración, lo fundamental es determinar el criterio orgánico o el funcional, cual es la naturaleza del servidor público. Habiéndose establecido si la persona tiene o no tiene la condición de empleado público o trabajador oficial, se determinara si su vinculación debe hacerse mediante nombramiento mas posesión, o a través de contrato de trabajo.

Tener claros estos criterios es muy importante, porque si se es empleado público los conflictos se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y si se es trabajador oficial ante la jurisdicción ordinaria.

10. CARACTERÍSTICAS QUE IDENTIFICAN A LOS EMPLEADOS Y A LOS TRABAJADORES OFICIALES (CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA Y DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL LABORAL)

10.1 EMPLEADOS

Los empleados se encuentran vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria en la cual la ley o el reglamento, en forma general, impersonal, abstracta, unilateral y anticipada, fija las condiciones para el ingreso, permanencia, continuidad, ascenso y retiro o desvinculación del servicio, así como las condiciones salariales y prestacionales que van a regular durante todo el tiempo la relación del empleado público con la administración.

También de esta forma la relación legal y reglamentaria implica que las funciones, obligaciones, responsabilidades y derechos del empleado van a estar fijados por la ley o por el reglamento.

Entonces, ser empleado implica que la Ley y el reglamento van a regular de manera general, impersonal, abstracta, unilateral y anticipada tres aspectos:

- vinculación, permanencia, ascensión, retiro y continuidad en el servicio.
- derechos, obligaciones, responsabilidades y funciones.
- régimen salarial y prestaciones.

La ley que actualmente determina los principios generales del régimen salarial y prestaciones de los empleados es la Ley 4 de 1992. Con fundamento en esa ley el Presidente de la República anualmente fija las escalas de remuneración de todos los empleados s de la rama ejecutiva del poder público a nivel nacional, de los gobernadores y los alcaldes. También establece los parámetros del régimen prestaciones de los empleados tanto del nivel nacional como departamental y municipal.

Pues bien, al tener el empleado una relación legal y reglamentaria y el trabajador oficial una de carácter contractual laboral, hace que el primero esté sometido al derecho administrativo, mientras que el segundo sea al derecho laboral. Eso implica, por ejemplo, que el empleado público sea el destinatario de la Ley de

carrera administrativa, las leyes sobre régimen salarial y prestaciones de los empleados (ley 4 de 92, decreto 1042 de 78 y 1045 de 78) y en general, todas las disposiciones del código contencioso administrativo, y por tanto que la jurisdicción competente para conocer de sus conflictos es la contencioso administrativa.

10.2 TRABAJADORES OFICIALES

Por el contrario, los trabajadores oficiales, su relación es contractual laboral, lo que significa que las condiciones de acceso, permanencia o continuidad, retiro o desvinculación, son fijadas de manera bilateral, particular y concreta en el contrato de trabajo al momento de suscribirse. También de esa manera son fijados los derechos, obligaciones, responsabilidades, las condiciones salariales y prestacionales del trabajador oficial en el contrato de trabajo.

El régimen jurídico que le es aplicable es el derecho laboral privado, pero hay que hacer varias precisiones: en relación con la naturaleza y características del contrato individual de trabajo que une al trabajador oficial con la administración no le es aplicable el código sustantivo del trabajo, sino la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 DE 1945. Eso no quiere decir que pierda su condición de contrato laboral, de relación laboral contractual, solo quiere decir que las disposiciones aplicables son de naturaleza especial.

10.3 DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN GENERAL LABORAL PRIVADO Y LOS TRABAJADORES OFICIALES

Sin embargo, los elementos del contrato de trabajo del trabajador oficial siguen siendo los mismos que los del trabajador particular definidos en el Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a que se trata de una relación subordinada, dependiente, para beneficio de un patrono y frente a la cual se ha establecido un salario⁶². En relación con los trabajadores oficiales la Ley 6 y el Decreto 2127 de 1945, suponen que el contrato a termino indefinido de los trabajadores oficiales se encuentra celebrado, presuntivamente, por un término de 6 meses prorrogables indefinidamente por periodos iguales de 6 meses en 6 meses. Así, el contrato de trabajo se entiende a término indefinido, celebrado por un periodo inicial de 6 meses prorrogables automáticamente y de manera indefinida por periodos de 6 meses en 6 meses⁶³. Observemos como algo semejante no ocurre para el contrato a termino indefinido regulado por el código sustantivo del trabajo⁶⁴, donde el contrato no se presume prorrogado por determinados lapsos de tiempo, sino que simplemente el término de su duración es indefinido e ilimitado, dándole mas condiciones de estabilidad al trabajador.

⁶² Artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo.

⁶³ Resulta un contrasentido que se establezcan límites de tiempo para prorrogar algo que es indefinido. Prorrogar lo indefinido que, por definición no tiene límite, simplemente es convertirlo en definido. Tanto es así que si se llegan los 6 meses de trabajo del trabajador oficial y éste es despedido no tendrá derecho a indemnización alguna.

⁶⁴ Artículo 47 de Código Sustantivo del Trabajo

Adicionalmente, el legislador, en la ley 6 de 1945 y en el Decreto 2127 del mismo año estableció otra diferencia con el contrato a término indefinido de la relación laboral entre particulares. Y es el tema de la indemnización por despido. De acuerdo con la ley 6 y el decreto 2127 la indemnización por despido injustificado por parte del patrono, será la correspondiente al término faltante para cumplir los 6 meses del periodo inicial o la de cualquiera de sus prórrogas. Esto es, si se termina la relación en el quinto o cuarto mes, se tendrá que pagar el mes, o los dos meses, que faltaron para cumplir el sexto mes Y si faltan 15 días se pagaran 15 días, y así sucesivamente. Si se cumplieron los seis meses y el contrato se prorrogó automáticamente, pero al día siguiente es terminado injustificada y unilateralmente por la administración, se le pagara al trabajador la totalidad del término respectivo de los 6 meses de la nueva prórroga que la misma administración decidió acabar. En cambio, en el régimen general del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización por la terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo por parte del empleador, es tarifada a través de tablas establecidas por el tiempo de servicio y salario recibido por el trabajador durante su vinculación con la empresa, siendo posible además, la solicitud de la reparación total del perjuicio que se le llegue a causar, compuesto por daño emergente, lucro cesante y daño inmaterial o moral⁶⁵.

Estas diferencias entre el régimen de los trabajadores oficiales y los demás trabajadores regidos por el régimen general laboral, que a simple vista resultan más desfavorables para los primeros, han sido las que con mayor frecuencia han tratado de eliminar mediante las convenciones colectivas a que tienen derecho a negociar y suscribir. De tal manera que siempre se ha buscado que no les sea aplicables la Ley 6 y el Decreto 2127 de 1945, sino que les sea adaptado íntegramente el Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, han sido unánimes en señalar que las convenciones colectivas no pueden derogar el plazo presuntivo de 6 meses de los contratos a término indefinido de los trabajadores oficiales, el cual, es establecido por mandato legal de orden, de aplicación inmediata y, por ende, imposible de derogar por la voluntad de las partes. Por consiguiente, todos los contratos de los trabajadores oficiales deberán entenderse suscritos por términos de 6 meses prorrogables de manera automática e indefinida.

En cambio, frente al tema de las indemnizaciones, se ha dicho que por tratarse de la disposición de derechos eminentemente patrimoniales, que no afectan los mínimos legales, las partes pueden establecer otro régimen diferente de indemnización al de la ley 6 del 45. Es decir, como no afecta el mínimo legal las partes pueden establecer un régimen de indemnizaciones con parámetros de tiempo del servicio y salario distintos.

Otra implicación que tiene el que el régimen del trabajador oficial sea un régimen de derecho laboral, es que a él se le aplica plenamente las disposiciones del

⁶⁵ Artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

derecho colectivo laboral, de tal manera que el derecho a huelga, asociación sindical, los derechos a presentar y a negociar pliegos de peticiones y convenciones colectivas, ese estatuto. Entonces, el derecho a la huelga también lo tienen los trabajadores oficiales salvo en los servicios esenciales⁶⁶, como lo veremos más adelante.

De conformidad con el Código de Procedimiento Laboral, por ser la relación laboral de los trabajadores oficiales derivada de un contrato de trabajo (como el resto de los trabajadores del régimen general), la jurisdicción competente para conocer los conflictos provenientes de esa relación, es la ordinaria, a través de sus jueces laborales⁶⁷. Solo que, en relación con los trabajadores oficiales, previamente a acudir a la jurisdicción laboral ordinaria el trabajador oficial debe agotar la vía gubernativa, pero no la que trata el Código Contencioso Administrativo, sino el de una de naturaleza especial que el derecho francés denomina “decisión prepagable”, y es la de darle la oportunidad a la administración de que tenga el derecho a pronunciarse antes de ser demandada⁶⁸. Es decir, que se le haya formulado previamente la reclamación a la administración y ésta haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la procedencia o no del derecho que se pretende por el peticionario, como en una especie de justicia interna y primigenia antes de que llegue al conocimiento de los jueces del trabajo⁶⁹. Si la administración contesta negativamente la reclamación o guarda silencio por más de un mes (silencio administrativo negativo) el trabajador oficial podrá dirigirse a ventilar la controversia ante el juez laboral. Fijémonos que inclusive aquí el término difiere, porque el régimen general del Código Contencioso Administrativo en materia de actos administrativos, el término es de 2 meses. En cambio en el régimen general, el trabajador no tiene que agotar ninguna vía previa para poder ejercer su derecho de acción ante la jurisdicción laboral.

10.5 DIFERENCIAS ENTRE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN GENERAL LABORAL PRIVADO Y LOS EMPLEADOS

El empleado público no puede presentar pliegos de peticiones, sino solicitudes respetuosas e individuales a la administración, mientras que el trabajador oficial si puede presentar pliegos de peticiones⁷⁰. Bajo esa misma lógica, si no pueden

⁶⁶ Artículo 414 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo

⁶⁷ Artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social: “Art2. Competencia general. La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

1. los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.....”

⁶⁸ Artículo 6 de Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 12.221, octubre 13 de 1999, M.P. Germán G. Valdés Sánchez.

⁷⁰ De acuerdo con el proceso de una negociación colectiva establecido en la legislación, podemos exponerlo someramente de la siguiente manera: presentado el pliego se procede a iniciar el proceso de negociación de dicho pliego. En ese proceso puede que se llegue a un arreglo directo entre los trabajadores y el empleador, o puede que no se pongan de acuerdo procediendo la declaratoria de huelga en donde se va a seguir negociando para llegar a un acuerdo. Si a pesar de la huelga no se llega a un acuerdo, la controversia será solucionada por un tribunal de arbitramento. Tanto el arreglo directo como el laudo proferido por el tribunal de arbitramento

presentar pliegos de peticiones, obviamente no podrán negociar ni firmar pliegos y convenciones colectivas, por lo que jurídicamente, sus salarios y prestaciones sociales nunca podrán ser objeto de negociación con la administración ni de manera individual ni colectiva, ya que son establecidos a través de normas jurídicas expedidas unilateralmente por el legislador que por su naturaleza imperativa impiden ser negociadas.

En la Constitución de 1991 el derecho de huelga, según el artículo 56, no está garantizado para los servidores s que laboran en instituciones que prestan servicios denominados como esenciales definidos por el legislador⁷¹. Aclaremos. La Constitución para los trabajadores de los servicios s esenciales no prohíbe la huelga ya que debería decirlo expresamente, lo que dice es que no se garantizará para esa clase de servicios pero en ningún momento la proscribte tajantemente⁷². Es decir, el Estado no garantiza la huelga en los servicios s esenciales, pero no la prohíbe.

Así pues, la huelga que está protegida por la ley es la económica, que se produce como consecuencia del fracaso en la negociación de una convención colectiva en el periodo de negociación directa. La huelga está establecida como un mecanismo de presión al patrono para que éste acepte negociar un pliego de peticiones presentado por un sindicato o por los trabajadores. En el momento en que se cambie la naturaleza jurídica de su relación y su régimen jurídico, y se establezca que los empleados s pueden negociar también pliegos de peticiones y convenciones colectivas, y que su relación sea laboral contractual, tendrán el derecho a la huelga.

10.6 SERVICIO ESENCIAL

serán considerados como convención colectiva si fue firmado por los trabajadores sindicalizados y el empleador, y como pacto colectivo si fue firmado por los trabajadores no sindicalizados y el empleador.

Ese proceso de negociación colectiva solo se puede hacer sobre conflictos económicos o de intereses profesionales (como aumentos de salario, dotaciones, o reducción del horario de trabajo, etc.) que se refieran fundamentalmente al deseo de los trabajadores de que se modifiquen las condiciones económicas, ya que los conflictos referidos a obligaciones jurídicas (como por ejemplo cuando el empleador no paga cesantías, salarios o los dominicales a los trabajadores) se ventilan ante la jurisdicción ordinaria como conflictos individuales de trabajo por violar las leyes laborales, por lo que no podrán ser dirimidos a través de negociación colectiva.

¿Que se entiende por huelga? Es el cese pacífico de actividades por parte de los trabajadores previo agotamiento de las etapas de negociación colectiva. A diferencia del paro que es el cese intempestivo de actividades, lo cual es ilegal.

⁷¹ El artículo 56 de la Constitución Política dice: “Art 56. **Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios s esenciales definidos por el legislador.** La Ley reglamentará este derecho. Una comisión permanente integrada por el gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La Ley reglamentará su composición y funcionamiento.” (Negrilla fuera de texto)

⁷² Algunos dicen que esta norma está mal redactada.

Pero, ¿Qué es un servicio esencial? El legislador, a través de algunos estatutos normativos, esto es, formalmente, ha expresamente definido cuales son esta clase de servicios, de la siguiente manera:

Según la Ley 142 de 1994 de servicios s domiciliarios, en su artículo 4 dice que éstos son considerados **servicios s esenciales**. Es decir que, de acuerdo al ámbito de aplicación de esa Ley⁷³, los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, son de carácter esencial.

La Ley 633 de 2000 en el parágrafo del artículo 53 establece la naturaleza jurídica del servicio prestado por la DIAN, diciendo que el servicio prestado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se define como **servicio esencial**, cuyo objetivo es coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden económico nacional⁷⁴.

La Ley 31 de 1992, artículo 39, inciso 2, definió la actividad de la Banca Central, esto es, al servicio prestado por el Banco de la República como **servicio esencial**.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 4, establece que el servicio de seguridad social en lo relacionado con el sistema general de pensiones, en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las mismas, es un **servicio esencial**.

El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 430⁷⁵, en desarrollo de lo establecido por la Constitución, establece la prohibición de huelga en los servicios, entendiéndose que se está refiriendo a los de carácter esencial; elabora un listado de las actividades que se consideran **servicios s esenciales**, frente a las cuales no se tiene el derecho de huelga, sin importar si son ejecutadas por personas de derecho o privado, de la siguiente manera: Las que prestan las ramas del poder, las de empresas de transporte por tierra, agua y aire, acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones; las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas; las de establecimientos de asistencia social, caridad y beneficencia; las de los servicios de higiene y aseo de las poblaciones; las de explotación, elaboración y distribución de sal; y las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados,

⁷³ El artículo 1 de la Ley 142 de 1994 establece lo siguiente: “Art 1. **Ámbito de aplicación de la ley.** Esta ley se aplica a los servicios s domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios s de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley. (Negrilla fuera de texto)

⁷⁴

⁷⁵

cuando estén destinados al abastecimientos normal de combustibles del país a juicio del gobierno .

Ahora bien, el legislador nos ha descrito las actividades que para él constituyen servicios esenciales, pero en ningún texto normativo, nos expone la definición de esta clase de servicios. De la misma forma, no existe precisión doctrinaria sobre el tema. En nuestra opinión, servicio esencial es aquel cuya no prestación atenta contra la vida e integridad de la personas. La Corte Constitucional en sentencia C-473 del 27 de octubre de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero ha establecido que se debe hacer un análisis que permita concluir que una determinada actividad materialmente sea un servicio esencial, sin que baste que el legislador haya expresamente definido cierta actividad como tal.

Por consiguiente, un análisis material apoyado en nuestra opinión acerca de la definición de esta clase de servicio, nos permitiría responder, aproximadamente, los cuestionamientos acerca de lo esencial de cierta actividad de la siguiente manera: ¿La educación es un servicio esencial? Sencillamente podemos decir que, si se suspende el servicio de educación no se pone en peligro ni la vida ni la integridad de las personas, por consiguiente no podría ser considerado como esencial; ¿El transporte aéreo es un servicio esencial? No porque existen otros medios de transporte y la supresión de un servicio de esta clase no iría en contravía de la vida y la integridad humana, la humanidad ha podido sobrevivir durante miles de años sin esta clase de servicio; ¿El servicio de salud es de carácter esencial? Depende. Lo relacionado con el servicio de urgencias sí sería esencial, cuya suspensión haría que las personas quedarían en situación de desprotección frente a los riesgos y contingencias que en contra de la vida y la integridad presenta la cotidianidad; mientras que el cese de actividades de carácter netamente administrativas de los hospitales y clínicas en nada afectarían a la comunidad; ¿El servicio de acueducto y alcantarillado es esencial? Sí, ya que es una actividad que permite la salubridad dentro de la comunidad, su suspensión provocaría lógicamente la propagación de epidemias y enfermedades poniendo en claro peligro la integridad y vida de las personas.

En consecuencia, para determinar cuándo procede la huelga en determinada actividad, hay que hacer un análisis material que permita establecer cuando estamos en presencia de un servicio esencial y cuando no, con el fin de evitar que el legislador caprichosamente así lo establezca, lo cual podría derivar en la limitación del derecho a la huelga al poder convertir cualquier actividad en esencial según su propia conveniencia o la de los grandes empresarios que harían todo lo posible para volver sus respectivas actividades en esenciales y así acabar de tajo con el derecho de huelga. La Corte Constitucional al respecto, en la misma sentencia C-473 del 27 de octubre de 1994 establece la necesidad de un análisis material de la siguiente manera:

“

No obstante, a pesar del avance jurisprudencial expuesto en la anterior sentencia, la Corte Constitucional termina avalando lo expuesto por el legislador en materia de clasificación de las actividades que se configuran como servicios esenciales, y termina convirtiendo, por lejana conexidad con derechos fundamentales, cualquier actividad en esencial. En sentencia C-450 del 4 de octubre de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbónelo, dice que las actividades de telecomunicaciones constituyen servicios esenciales, porque ellas tienden a garantizar la libertad de expresar y difundir el pensamiento y opiniones y la de informar y recibir información, al igual que las labores de explotación, refinación y transporte de petróleo y sus derivados a que alude el literal h del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, son básicas y fundamentales para asegurar a su vez otras actividades esenciales, como el transporte, la generación de energía etc., todas ellas dirigidas a asegurar igualmente el ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales. No compartimos este criterio, ya que existen otros medios sustitutos de comunicación, y otras formas de generación de energía y transporte que mantendrían incólumes los derechos fundamentales, además, son actividades que antes no existían y que con el tiempo se han convertido en típicas necesidades creadas, cuya eventual suspensión, no colocarían en situación de desprotección los derechos fundamentales de la humanidad.

Con base en lo anterior, podemos decir que ni doctrinaria ni jurisprudencial existe una definición unánime respecto al concepto de servicio esencial, y que al margen del análisis material que se haga frente a cualquier actividad para declararla esencial o no, en realidad prima el criterio legal o formal establecido por el legislador que queda en la potestad de definir lo esencial de determinada actividad.

10.7 FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Hemos visto como empleados y trabajadores oficiales son las 2 modalidades de servidores, que existen en la rama ejecutiva del poder público. Sin embargo, hoy en día existe, excepcionalmente, una tercera modalidad de servidores de la rama ejecutiva, y es la de los funcionarios de la seguridad social. La Ley 100 de 1993 estableció que en aquellas instituciones de naturaleza pública, prestadoras de servicios médico asistenciales que no hubieren adoptado la modalidad de empresas sociales del estado sus servidores médico asistenciales tendrían la condición de funcionarios de la seguridad social. Esa categoría consiste en aquellos servidores médico asistenciales que se vinculan a las instituciones prestadoras de servicios de salud, que no tienen la naturaleza de empresas sociales del estado, mediante nombramiento mas posesión, pero que sus salarios y prestaciones sociales son fijados mediante convención colectiva. Son un híbrido entre empleado y trabajador oficial. Así, el régimen de su duración, permanencia, continuidad, retiro del servicio, es legal y reglamentario, fijado por el legislador en forma general, impersonal, anticipada y abstracta, y de la misma manera es fijado el régimen de sus obligaciones, derechos y responsabilidades, pero su régimen salarial y prestaciones es fijado mediante convención o pacto colectivo.

Decimos que es excepcional esta categoría porque solamente existe en aquellos hospitales s o entidades prestadoras de servicios de salud medico asistenciales que no han tomado la naturaleza de empresas sociales del estado –todavía conservan su naturaleza de establecimientos s-. Es decir, si ya se transformaron en empresas sociales del estado son trabajadores oficiales simplemente todos los que en ellas se desempeñan excepto quienes desempeñen las labores de dirección, confianza o manejo. Entonces, en esas entidades, pueden existir tres categorías de servidores s: empleados s, trabajadores oficiales y funcionarios de la seguridad social.

10.8 NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA - QUE UNE AL EMPLEADO PÚBLICO CON LA ADMINISTRACIÓN

10.9 CONTRATO DE MANDATO

Cuando el derecho administrativo no había aun establecido sus propios principios ni fundamentos como un derecho autónomo, la relación de función pública se explicaba a partir de uno de los conceptos del derecho privado del cual se nutría, a través, el contrato de mandato. Entonces se señalaba que la relación que unía al servidor con la administración era una relación que se asimilaba a un contrato de mandato. De tal suerte que la administración era el mandante y el funcionario era el mandatario.

Esta tesis posteriormente fue rechazada no solo por su origen civilista, sino porque se dijo que un contrato de mandato no podía explicar la naturaleza de la relación entre el funcionario público con la administración por cuanto el contrato de mandato partía de la base de la existencia de una relación bilateral entre partes iguales, siendo que en realidad se encontraran en un plano de desigualdad debido a las prerrogativas del poder que tiene el Estado.

10.10 CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La administración hacia las veces de contratante y el funcionario hacia las veces de contratista de prestación de servicios. Sin embargo, esta tesis fue criticada señalándose que las obligaciones y responsabilidades en el contrato de prestación de servicios se fijaban de manera individual y concreta y en forma bilateral en el contrato, mientras que las obligaciones, responsabilidades y funciones del empleado público se fijaban de manera general, impersonal y abstracta en la ley. Hoy en día la distinción es muy clara en el régimen de los contratos de la administración pública, en ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable.

10.11 RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA

Se dijo que en un contrato administrativo de prestación de servicios, la

Cuando el derecho administrativo evoluciona adquiriendo sus propios principios, también se establecen teorías jurídicas que explican desde el propio derecho público la naturaleza jurídica de la relación de función pública. En ese sentido, se expone que la naturaleza jurídica de la relación entre un funcionario es una relación legal y reglamentaria, en donde el legislador de manera general, unilateral, anticipada y abstracta, determina las condiciones de acceso, permanencia, ascenso, retiro del servicio, derechos, obligaciones, responsabilidades, funciones, régimen salarial y pensionar. De tal manera que cuando el empleado o funcionario ingresa a la administración ya tiene previamente definidas todas esos aspectos, y que de la misma manera unilateral, impersonal y abstracta se produce por el legislador cualquier modificación de los términos y condiciones de esa relación.

Frente a esta teoría se dijo que explicaba perfectamente las condiciones generales del vínculo que unía a los funcionarios con la administración, no lo hacía respecto a la condición particular, individual del vínculo de cada funcionario con la administración. Es decir, definía las características del vínculo que unía a la generalidad de los funcionarios, pero no, la condición del vínculo que los unía con la administración.

10.12 ACTO CONDICIÓN

Como respuesta a la teoría de la relación legal y reglamentaria, se dice que el vínculo que une a la administración con el funcionario tiene la naturaleza jurídica de un acto condición, compuesto por un nombramiento más posesión, donde primero se le indican las condiciones fijadas en la ley, para que las acepte cuando tome posesión del cargo.

Esta tesis, ha sido criticada por explicar bien el vínculo individual que se genera entre el funcionario y la administración, pero no las características globales de la relación de función pública.

10.13 RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA QUE SE INDIVIDUALIZA, A TRAVÉS DE UN ACTO CONDICIÓN

Esta tesis, actualmente acogida, nos dice que el legislador, de manera impersonal, general, abstracta y anticipada, fija las condiciones de la relación y, frente a cada funcionario en concreto se vuelven particulares y se individualizan a través de un acto condición compuesto por nombramiento más posesión. Por consiguiente, cuando el funcionario es nombrado, se está individualizando las condiciones generales, y cuando el toma posesión las acepta en concreto. Esa es la tesis que hoy se aplica como tesis que explica la naturaleza jurídica de la relación de función pública.

10.14 DEFINICIÓN DE EMPLEO, Y LOS ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS QUE SE PUEDEN EXTRAER DE ESA DEFINICIÓN

Atendiendo al mandato constitucional, y según lo establecido por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, podemos decir que empleo público es el conjunto de actividades, funciones, obligaciones y responsabilidades de carácter permanente, fijadas en la Constitución, en la Ley y el Reglamento, para ser desempeñadas por una persona natural, con el fin de satisfacer las necesidades estatales.

Hoy en día la noción de empleo trae otras connotaciones y componentes, a instancias del artículo 2 del decreto 785 de 2005, “se entiende por empleo el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se le asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las competencias laborales, funciones y requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a lo previsto por este decreto ley y a los que establezca el Gobierno Nacional, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales...” Es este un nuevo enfoque del empleo, no obstante y en aras de entender la noción haremos la siguiente descripción, no sin antes precisar la necesidad de ampliarla al tenor de la existencia de un nuevo régimen fundado en competencias.

De esa definición podemos extraer los elementos que constituyen las características del empleo, de la siguiente manera:

10.14.1. Conjunto de actividades: hace referencia a unas actividades, funciones, obligaciones de carácter material o intelectual en determinada actividad.

10.14.2. Naturaleza permanente de esas actividades: Siempre estaremos haciendo referencia a que esas actividades tienden a ser de naturaleza permanente. Sin embargo la Ley 909 de 2004 estableció la existencia de empleos de naturaleza ocasional o transitoria, con lo cual se desvirtuaba la definición constitucional, doctrinal y jurisprudencial de lo que es el empleo público.

10.14.3. Las funciones deben estar establecidas en ley o reglamento: La ley o reglamento son los que determinan las funciones, actividades, responsabilidades y obligaciones del empleo. Esto es producto del principio de legalidad, fundador del lo que se denomina Estado de Derecho, por lo que es en la Ley donde se encuentran establecidas todas las actividades que el Estado y sus agentes pueden desarrollar. De este principio, se desprende que los funcionarios solo puedan hacer lo que la ley o reglamento les autorice hacer, de tal manera que son responsables no solo por el incumplimiento de la ley sino también por la extralimitación en las funciones o por la omisión en el cumplimiento de las mismas. Es decir, la ley y el reglamento no solo indican la competencia del funcionario, sino que también son la fuente de responsabilidad para los empleados. Por ello,

cuando se ejecuta una actividad por fuera de la ley o reglamento, esa actividad estará viciada por un vicio de incompetencia (causal de nulidad), que genera a su vez responsabilidad del empleado.

10.14.4 El empleo es desarrollado por una persona natural: Los empleos no son desempeñados por personas jurídicas, sino por personas naturales.

10.14.5 El empleo está establecido para satisfacer los fines estatales: Todo empleo solo se justifica en la medida que sea para satisfacer el bienestar general. Así lo establece la Constitución en el artículo 2. Cualquier actividad, función u obligación que se ejecute con una finalidad distinta, estará viciada por desvío de poder (causal de nulidad). Este elemento también se convierte en una fuente de responsabilidad para el funcionario. Las dos grandes fuentes de responsabilidad de los servidores se encuentran en la incompetencia y en el desvío de poder; estas fuentes están, de un lado, en que las funciones son fijadas en la ley o reglamento, y de otro, que estas solo pueden guiarse a la satisfacción de los fines estatales.

10.15 RÉGIMEN DE CREACIÓN, MODIFICACIÓN, CLASIFICACIÓN, SUPRESIÓN Y FUSIÓN DE LOS EMPLEOS EN COLOMBIA:

Este régimen corresponde, bajo la CP de 91, a un sistema de responsabilidad compartida: al Congreso le corresponde determinar las reglas generales o pautas a través de las cuales el Presidente va a determinar la creación, nomenclatura y denominación de los empleos. De igual forma se mantiene este sistema con la clasificación, modificación, supresión y fusión de los empleos (le corresponde al presidente de acuerdo con las disposiciones generales que haya establecido el congreso a través de la ley).

A nivel territorial este régimen también es de naturaleza compartida: entre las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales y los gobernadores y alcaldes respectivamente. Estos últimos lo realizan de acuerdo al parámetro que fijen los primeros en sus ordenanzas y acuerdos.

10.16 COMO SE ORGANIZAN LOS EMPLEOS:

Los empleos se organizan y estructuran a través de las plantas de personal de cada entidad respectiva, de acuerdo con la estructura interna establecida en su ley, ordenanza, acuerdo o estatutos internos dictados por el gobierno nacional, las cuales recogen los distintos cargos que corresponden a dicha entidad.

10.16.1 Una planta de personal es la manifestación externa de la organización, número, denominación y clasificación de cargos o empleos que existen en una entidad, de acuerdo con la estructura interna de cada cual, reflejando como están organizados los empleos.

Por ejemplo, la ley de creación fija unas pautas generales en materia de estructura y organización; luego los estatutos creados por el gobierno, establecen los niveles

de cada entidad y los cargos que conforman cada uno de ellos, y la planta de personal determina el número de los empleos, sus denominaciones y clasificación de cada uno, y como van a estar ubicados dentro de la estructura interna de cada entidad.

10.16.2 Modalidades de plantas de personal:

10.16.2.1 Jerarquizadas o verticales: Determinan el número de cargos y el orden jerárquico en que se encuentran ubicados dentro de la respectiva entidad, por ejemplo, nivel directivo con 4 funcionarios a su cargo, nivel sub-directivo, con 2 funcionarios a su cargo.

10.16.2.2 Globales u horizontales: son aquellas en donde simplemente se dice, por ejemplo, que en la entidad hay un ministro un viceministro, un secretario, 3 directores, 4 jefes de dirección, etc. Se da un número global de cargos sin que se indique como será su jerarquización dentro de cada nivel. Corresponderá al director de cada entidad distribuir internamente los cargos en cada una de las dependencias que se encuentren establecidas, de acuerdo con la estructura interna de la entidad.

10.16.3. Competentes en la rama ejecutiva para establecer las plantas de personal:

El Presidente de la República para Ministerios, Departamentos Administrativos, Unidades Administrativas Especiales y Superintendencias.

Las Juntas o Consejos Directivos para Establecimientos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga más del 90% de capital social.⁷⁶ Las plantas de estas entidades, son aprobadas por el gobierno nacional mediante Decreto, suscrito por el Presidente de la República y por el Ministro respectivo al cual se encuentre adscrita o vinculada la entidad. Esta aprobación es una manifestación del control de tutela que el gobierno ejerce sobre estas entidades.

10.16.4 Nomenclatura de los cargos

Corresponde al Presidente de la República por medio de Decreto, establecer la **denominación** genérica de todos los empleos que existen en la administración pública colombiana (profesionales universitarios, tesoreros, jefes de sección, jefes de división, etc.).

Así mismo, el Decreto 785 de 2005 estableció la **clasificación** de todos los empleos en Colombia en nivel DIRECTIVO, ASESOR, PROFESIONAL, TÉCNICO Y ASISTENCIAL, desapareciendo el nivel ejecutivo; los empleos

⁷⁶ Si es menos del 90% ya no serán empleados sino trabajadores oficiales.

existentes clasificados como nivel ejecutivo, pasaron al profesional de esta nueva clasificación.

Los niveles administrativo auxiliar y operativo del sistema anterior, se agruparon en el nuevo nivel asistencial. Es decir, actualmente en ninguna planta de personal, pueden existir niveles ejecutivos, administrativos auxiliares ni operativos.

Dentro de cada nivel, cada cargo se clasifica por determinado **grado**. Por ejemplo, en el nivel profesional vamos a encontrar profesionales universitarios con grados 01, 02 ó 03 etc.

El **Código** es la forma de mostrar a través de un número el nivel del empleo por ejemplo, entre 00 y 09 directivo, 10 y 19 asesor, profesional 30 y 39 según sea universitario o especializado, 40 y 49 técnico, y 50 a 59 asistencial. Entre más alejado de cero se encuentre el código menor es su escala salarial.

De acuerdo con la denominación, nivel, código y grado de cada empleo, se fijan los niveles de salario. Así por ejemplo, Secretario de despacho código 06 grado 02. Sería, la denominación de un cargo directivo de menos grado que uno de grado 01, por lo cual devengará menos salario que éste.

La escala salarial a nivel nacional para cada cargo en su respectiva denominación, nivel, código y grado es hecha por el Presidente de la República, y Departamentalmente corresponde a las asambleas.

El límite máximo salarial que deben tener en cuenta las Asambleas Departamentales para establecer el salario mensual del Gobernador, y los Concejos Municipales para el de los Alcaldes, también es expedido anualmente por el Presidente a través de Decreto. Esto es importante tenerlo en cuenta, ya que por ejemplo, a nivel nacional, nadie puede devengar un salario mayor al del Presidente, **el cual es establecido por el Congreso de la República**, y a nivel departamental y municipal, ningún funcionario puede recibir un salario mayor al del Gobernador o el Alcalde respectivamente.

Adicionalmente, también mediante Decreto, como manifestación del principio de legalidad, se establecen los requisitos y las funciones que cada cargo tiene de manera genérica, este Decreto se llama “manual general de funciones y requisitos de la rama ejecutiva”. Y, concretamente, en cada entidad para su respectiva planta de personal debe existir un “manual específico de funciones y requisitos” para cada cargo.

10.17 SISTEMAS DE PROVISIÓN DE PERSONAL EN LOS CARGOS DEL ESTADO:

A nivel teórico existen cinco grandes modalidades que adoptan connotaciones y características propias, que pueden entremezclarse para formar sistemas mixtos.

Se trata del sistema de despojo, el de carrera administrativa y el de libre nombramiento y remoción.

10.17.1 Sistema de despojo

A través del cual, los cargos en el Estado se proveen entre los cuadros del partido político (o coalición de los mismos) triunfador en las elecciones respectivas. Por lo tanto las personas no acceden a los cargos a título individual sino como partido, estando obligadas a obedecer sus directivas en la ejecución del plan de gobierno. Elemento fundamental de este sistema es que se entra en masa a desempeñar los cargos s en razón de pertenecer al cuadro del partido ganador, más no, por sus aptitudes personales o relación de confianza con los nominadores.

Este sistema de despojo se presenta de diversas maneras, puede ser para todo el Estado o solo para una parte de éste. Los regímenes socialistas tenían esta especie de sistema de despojo en donde los cargos s eran cubiertos por los cuadros que escogía el respectivo partido comunista. En Estados Unidos existe este mismo sistema para los cargos en la Casa Blanca, las distintas secretarías de Estado, y para las gobernaciones de los Estados y sus secretarías, y en general, se repite el esquema para los condados⁷⁷.

En Inglaterra, el primer ministro es elegido por el partido mayoritario en el parlamento, por lo cual, para mantener su gobierno, deben mantenerse esas mayorías, más exactamente en la cámara de los comunes. El gabinete y los cargos de sus dependencias son provistos únicamente por personas pertenecientes a ese partido mayoritario. No obstante, los cuadros del partido minoritario opositor se mantienen organizados con el fin de desempeñar el gabinete si llegasen a ganar las siguientes elecciones, por lo cual es llamado también gabinete a la sombra. Entonces, si el partido opositor se convierte en un futuro en el mayoritario, los cargos del gobierno serán ocupados exclusivamente por sus militantes.

10.17.2 Sistema de libre nombramiento y remoción

Es un sistema en el cual los cargos s se proveen de conformidad con la libre voluntad de una persona llamada nominador, expresada en una facultad discrecional de determinar la oportunidad y conveniencia para designar o retirar a alguien de un cargo. Es un sistema cuyo criterio orientador es la confianza del nominador sobre la persona que va a nombrar en determinado cargo. En Colombia El Presidente de la República provee los empleos de los Ministros, Directores de los Departamentos Administrativos y Jefes de la Administración en el orden Nacional, en los términos del artículo 189 de la Carta Política.

10.17.3 Sistema de carrera administrativa

⁷⁷ En Estados Unidos los condados son lo que en Colombia denominamos municipios. Existió para el orden federal hoy solamente en los condados.

Es un sistema en el cual los cargos del Estado se proveen en forma reglada a través de concurso de méritos y en donde el nombramiento, la continuidad, el asenso o retiro del servicio, depende exclusivamente del desempeño del funcionario correspondiente; el sistema se caracteriza porque hay igualdad de todas las personas para poder acceder a los cargos, sin discriminación de ninguna clase, inclusive, sin importar el partido político al cual pertenece o simpatiza. Las únicas condiciones que se exigen son las de su capacidad, idoneidad, competencia y experiencia.

A grandes rasgos, en Colombia, durante el siglo XIX tuvimos un sistema de despojo, solo que aquí no solo operaba por el triunfo de un partido en las elecciones sino también por su triunfo en las guerras civiles. A partir del siglo XX y hasta los años cincuenta tuvimos una mezcla de sistema de despojo con sistema de libre nombramiento y remoción, aunque hubo intentos incipientes desde los años veinte de organizar un sistema de carrera el cual no funcionó. El sistema de hegemonía partidista implicaba que en los grandes periodos de asenso al poder de uno de los partidos el sistema era de despojo, pero no era un sistema único, se mezclaba con uno de libre nombramiento y remoción. En los años treinta sube al poder el partido liberal dándose de hecho un sistema de despojo. En el año 1946 asciende nuevamente el partido conservador y vuelve a operar este sistema, y cuando toma el poder el General Rojas Pinilla en 1953, se da una mezcla de este sistema con uno de libre nombramiento y remoción. A partir del año 1958 tenemos un sistema predominantemente de libre nombramiento y remoción combinado con el de carrera administrativa. La Constitución de 1991 consagró el sistema de carrera como el de la regla general y el de libre nombramiento y remoción como la excepción.

Evolución del sistema de carrera administrativa hasta su establecimiento como sistema de la regla general en la Constitución de 1991:

Durante el siglo veinte en Colombia se vieron incipientes esfuerzos para establecer un sistema de carrera administrativa, pero se quedaron solo en tentativas, que aunque se establecieron instrumentos jurídicos para aplicar ese sistema, en realidad nunca operó, en razón a la hegemonía bipartidista, que conllevó a uno de despojo mezclado con el de libre nombramiento y remoción.

Recordemos que en los años treinta, el partido conservador pierde su hegemonía, y el partido liberal asciende al poder, haciendo que los conservadores que estaban ocupando los cargos durante casi 30 años hicieran lo posible por perderlos. A la inversa va a suceder cuando en 1946 los conservadores vuelven al poder. Se debe tener en cuenta que para esos años, Colombia era un país eminentemente agrícola, rural, la industria era incipiente, siendo el empleo la fuente principal de trabajo para las personas.

Uno de los motivos que mas acrecentaba la violencia partidista, era el acceso a los cargos. Por ello, entre liberales y conservadores se acordó el

sometimiento a la decisión del pueblo colombiano, a través del plebiscito del año 1957, la pregunta sobre implantar un sistema de carrera administrativa para proveer los cargos técnicos y administrativos de la rama ejecutiva del poder público, resultando contestada afirmativamente por el constituyente primario. Ese mismo año se produjo un referendo que otorgó al legislador la facultad de establecer el sistema de carrera administrativa para proveer esos cargos.

Todos esos ingredientes hicieron que en los 1957 y 1958 se adoptara el primer gran estatuto de carrera administrativa en Colombia, creándose una institución encargada de manejarla, llamada DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL.

Sin embargo, a pesar de esos avances hechos por el legislador, en el mismo plebiscito y referendo que había dado la génesis a la carrera administrativa en Colombia, se aprobó también el sistema que impediría que esa carrera funcionara. Y fue el denominado frente nacional de alternación de los partidos y paridad política para promover los cargos s.^{78 79} Así se acabó con la posibilidad de la efectiva puesta en marcha del sistema de carrera administrativa, ya que en esta, los cargos no se proveen por razones partidistas o pertenencia a determinado partido político.

Fue hasta 1968, a través de una reforma constitucional y administrativa, que se procedió a implementar en Colombia el sistema de carrera administrativa.

Entonces, en 1968 el Presidente Lleras Camargo, presentó ante el Congreso Nacional una reforma constitucional, donde se proponía el desmonte del llamado frente nacional, amenazando con renunciar si no lo aprobaban. Buscaba que por mandato constitucional todos los cargos s de la rama ejecutiva del poder público, salvo los que tuvieran la condición de agentes del presidente, de naturaleza técnica y administrativa fueran provistos a través del sistema de carrera administrativa.

Aprobada la reforma constitucional, se dictan los Decretos Leyes 1050. 3130 y 3135 de 1968 que establecen la nueva estructura de la administración pública colombiana, permitiendo identificar y diferenciar claramente los cargos de naturaleza técnica y administrativa de los llamados agentes del Presidente de la República. Se hace una clasificación de los servidores s y eso facilita que se dicte

⁷⁸ Por cuatro periodos consecutivos, los partidos planearon la alternación de la presidencia de la republica, pero esa igualdad y paridad no será solo para las corporaciones publicas como el congreso, sino también en las asambleas departamentales, concejos municipales, en todos los cargos de la rama ejecutiva y judicial.

⁷⁹ En 1962, Guillermo León Valencia, estableció el sistema de la milimetría, donde si, en un ministerio había un portero liberal había que crear un portero conservador, o duplicarse el numero de los concejales para que existiese igual numero de liberales y conservadores

un nuevo estatuto de carrera que va a ser el Decreto Ley 2400 de 1968⁸⁰. Igualmente se reestructura el Departamento Administrativo del Servicio Civil. Se crean organismos complementarios para el bienestar de los servidores s y su capacitación⁸¹.

Ahora bien, como la mayoría de los cargos s ya eran de carrera, dentro del término de un año las personas que se encontraban desempeñándolos debían demostrar que reunían los requisitos de experiencia, capacidad e idoneidad para desempeñarlos, y los cargos que en un futuro llegaran a quedar vacantes debían ser provistos mediante concurso de meritos, mientras se ponía en práctica ese sistema, el Presidente de la República tenía la competencia general de nombramiento de los funcionarios s, por lo que se debían hacer nombramientos en provisionalidad ya que el Estado debía seguir funcionando.

Esos nombramientos provisionales se podían hacer para los cargos que estaban en concurso y solamente por un término improrrogable de 4 meses, de manera tal que vencido ese término se proveía el cargo con la persona que había ganado el concurso.

Sin embargo, a partir del periodo presidencial siguiente la situación empieza a variar. Si bien es cierto, existía, de una parte, el mandato constitucional para la implementación del sistema de carrera administrativa, y de otra las normas legales que obligaban a que los cargos en Colombia se proveyeran por el sistema de carrera, amén de las instituciones que así lo permitían, faltó voluntad política. Resultó más conveniente hacer nombramientos provisionales de 4 meses en 4 meses (así hubo gente que llegó a pensionarse) que abrir un concurso de méritos, convirtiéndose, ese fallido intento de consolidar la carrera administrativa, en escenario de manejo de favores políticos y del clientelismo, en desmedro de la filosofía buscada con la reforma constitucional.

Tampoco se hicieron los concursos de ascenso, y tampoco se tuvo en cuenta la preferencia que la Ley había otorgado a los egresados de la ESAP para proveer los cargos s de manera profesionalizada.

En 1984, al Presidente Belisario Betancourt se le ocurrió que la solución era ampliar el periodo del nombramiento provisional a 1 año, para en ese año hacer el concurso, pero este no se hizo y desnaturalizó, a un más, el sistema de carrera al otorgarle, prácticamente, carácter de permanente a la provisionalidad con lo cual no se solucionó nada y fortaleciéndose cada vez más el clientelismo.

El Presidente Virgilio Barco, en 1988, 20 años después de la reforma del Presidente Lleras, decidió hacer la reforma administrativa, imprimiendo la voluntad política necesaria para que el sistema empezara a funcionar. Así, en ese

⁸⁰ Con su reglamentario el decreto 1950 de 1973.

⁸¹ Creándose por ejemplo PROSOCIAL, el Club de Empleados Oficiales y la Escuela Superior de Administración Pública como organismo encargado de capacitar y formar académicamente funcionarios s.

año, a todos los funcionarios que estaban en provisionalidad ocupando cargos de carrera, se les dio un año para que acreditaran los requisitos de idoneidad, capacidad y experiencia para ejercer el cargo respectivo so pena de ser desvinculados de su cargo. Adicionalmente, el sistema se implementó no solo a nivel nacional, sino también a nivel departamental y municipal.

La Constitución Política de 1991 estableció para todas las ramas del poder, organismos de control y autónomos, el mandato imperativo de que la provisión de cargos de la administración pública se hiciera a través del sistema de carrera administrativa y que, excepcionalmente, se hiciera a través del libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, en realidad, el gobierno de Cesar Gaviria amplió nuevamente el periodo de provisionalidad de 4 a 8 meses, sin que se diera desarrollo legal al mandato constitucional.

Durante el periodo presidencia de Andrés Pastrana, se expidió la Ley 443 de 1998 de carrera administrativa, en reemplazo al Decreto 2400 de 1968. En dicho estatuto, se estableció que después de los primeros ocho meses de vínculo del funcionario con la administración en provisionalidad, esta podía prorrogarse por el tiempo necesario mientras se realizara el concurso de méritos por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las normas que regulaban todo lo referente a dicha Comisión Nacional del Servicio Civil y sus sedes regionales, asestando el golpe de muerte a la implementación de la carrera administrativa, ya que, además de ser el órgano que la iba a administrar y vigilar, era el encargado de la inscripción de los funcionarios en el registro de carrera administrativa. Es decir, la entidad rectora de la carrera administrativa desaparecía por medio de una declaratoria de inconstitucionalidad, impidiendo consigo la implementación del sistema de carrera. Así en los años siguientes, no se podía hacer concursos de méritos para proveer cargos de carrera administrativa con la excusa de la inexistencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que todos los cargos de carrera fueron provistos, a través de nombramientos provisionales. Se convocaba a concurso, pero no se abría por la inexistencia jurídica de esa Comisión. Luego se puso de moda la palabra meritocracia, que sirvió más como muletilla de campañas políticas ya que el sistema que así lo consagraba no se podía aplicar, quedando la meritocracia supeditada a lo que por ella entendiera el respectivo nominador.

En vista de lo anterior en el año 2004 se profirió la Ley 909 y posteriormente sus Decretos Reglamentarios. Nuevamente, la filosofía de este estatuto, establece que los cargos de carrera administrativa sean provistos a través de previo concurso de méritos cuyo procedimiento aparece expuesto en el Capítulo I del Título V, titulado “El ingreso y el ascenso a los empleos de carrera”, el cual veremos más adelante. También dispuso la naturaleza, composición, régimen aplicable, funciones y organización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, las funciones, en relación con la carrera administrativa, del Departamento Administrativo de la Función Pública, las Unidades de Personal y las Comisiones

de Personal. Hasta el momento el sistema de carrera administrativa de la Ley 909 de 2004 no ha sido minado por declaratorias de inconstitucionalidad que afecten sustancialmente su implementación, por lo cual, actualmente, se encuentra en pleno proceso de implementación con la realización de las primeras pruebas de conocimientos generales.

10.17.4 Provisión a través del sistema de elección directa:

Los empleos de Presidente de la República, Gobernadores y Alcaldes, devienen de un procedimiento de elección directa.

10.17.5. Provisión a través de la elección de las Corporaciones Legislativas y Judiciales.

Este sistema aplica al Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Personeros, Contralor General de la República y Contralores de las entidades territoriales, fiscal general de la Nación por la Corte Suprema de Justicia, Auditor General de la Nación, los Magistrados de la Corte Constitucional, los Magistrados del Consejo de Estado por la misma Corporación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia entre otros. Todos de período fijo, así como los Secretarios de las Corporaciones Legislativas en el orden Nacional y territorial.

10.18 PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA⁸²

Los principios más importantes que orientan este sistema son los siguientes

10.18.1 Sistema reglado

Quiere decir que, las condiciones de ingreso, permanencia, asenso y retiro de las personas frente a la administración están fijadas previamente en la Ley, de tal manera que no existen potestades de carácter discrecional, sino reglado.

10.18.2. Legalidad

Como consecuencia de ser un sistema reglado, está regulado por el principio de la legalidad, esto es que el sistema de carrera está sometido a disposiciones legales que lo regulan

10.18.3 Igualdad

Todas las personas tienen el mismo derecho para acceder a ocupar un cargo público, sin que puedan establecerse discriminaciones o privilegios, derivados de la religión, raza, sexo, partido político etc.

⁸² Artículo 28 de la Ley 909 de 2004

10.18.4 Publicidad

Todas las actuaciones para proveer los cargos de carrera son públicas, el sistema de carrera

10.18.5 Mérito

En el sistema de carrera, el ingreso, permanencia y ascenso de la carrera solo puede hacerse por el sistema de concurso de méritos, además de estar demostrándose permanentemente las calidades idóneas para desempeñar el cargo mediante evaluaciones periódicas.

No se ingresa a la carrera sino se ha ganado un concurso en el cual se demostró que quien lo ganó tenía los mejores conocimientos, experiencia, competencias e idoneidad requerida para desempeñar el cargo. Igualmente, el funcionario no llega ocupar una posición o cargo más elevado, si previamente no ha existido un concurso de méritos, en donde haya demostrado la idoneidad para ocupar ese empleo más alto.

10.18.6 Transparencia

Según la ley 909 de 2004 se refiere a que la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección sea diáfano, para evitar que otros criterios primen sobre el mérito y la igualdad o imparcialidad de las condiciones entre los aspirantes.

10.18.7. Especialización

El ingreso y el ascenso en los empleos de carrera se llevará a cabo con la participación de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección.

10.18.8. Garantía de imparcialidad

Los procedimientos de selección y ascenso, contarán con la garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo cada uno de los procedimientos.

10.18.9. Confiabilidad y validez

Deben brindar confiabilidad y validez los instrumentos y pruebas utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos de carrera.

10.18.10 Eficacia

Los procesos de selección deben garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo.

10.18.11 Eficiencia

Los procedimientos de selección, se llevarán a cabo con eficiencia, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear el proceso de selección.

10.19 DERECHOS QUE OTORGA EL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

10.19.1 ESTABILIDAD LABORAL

El funcionario de carrera tiene derecho a permanecer en el cargo, mientras su desempeño sea satisfactorio conforme a las evaluaciones periódicas que se le efectúen, y mientras no cometa falta disciplinaria alguna. Por consiguiente, el funcionario de carrera solo puede ser declarado insubsistente en razón de haber obtenido dos calificaciones insatisfactorias en un mismo año. Es decir, la declaratoria de insubsistencia, no es discrecional, si no reglada. Este derecho se traduce además en que, cuando, en virtud de una reestructuración administrativa se suprime algún cargo de carrera, el funcionario que lo ejercía tiene derecho a ser reubicado dentro de los 6 meses siguientes en uno de igual jerarquía, o en su defecto a ser indemnizado, si no pudo ser reubicado en el término de esos 6 meses; En cambio el funcionario de libre nombramiento y remoción, y el provisional no tienen derecho a estos beneficios.

10.19.2 ASCENSO

El funcionario de carrera tiene derecho a que se realicen concursos de ascenso entre todos los miembros inscritos en la carrera que quieran ascender en ella para ocupar un cargo superior vacante,

10.19.3 ESTÍMULO

Este derecho se traduce en que los mejores funcionarios de carrera, que hayan obtenido las mejores calificaciones en las evaluaciones de la carrera, tienen la posibilidad de otorgárseles comisiones de estudios para que puedan adquirir mayores conocimientos y una mayor formación profesional; Se les concedan becas para poder estudiar, o inclusive recibir incentivos económicos, como la denominada “prima técnica por desempeño”.

10.20 CLASIFICACIÓN EN COLOMBIA DE LOS EMPLEADOS S DE ACUERDO AL SISTEMA DE PROVISIÓN O DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 125, establece que los empleados o funcionarios s en Colombia son todos de carrera excepto quienes sean:

- 10.20.1 Miembros de corporaciones públicas de elección popular o designada por una corporación
- 10.20.2 Quienes sean de periodo fijo
- 10.20.3 Trabajadores oficiales
- 10.20.4 A quienes el legislador haya clasificado de libre nombramiento y Remoción
- 10.20.5 Los demás que establezca la Ley

La regla general, es que todos los empleos s son de carrera, salvo los anteriormente descritos. La Constitución cometió el error de incluir a los trabajadores oficiales, ya que ellos no tienen una relación legal o reglamentaria sino contractual, por tanto no son empleados s.

En el mismo artículo, la Constitución ratifica el principio de que todos los empleos s son de carrera administrativa, al decir que, si por cualquier circunstancia, un cargo no puede ser clasificado dentro de las anteriores categorías, entonces será provisto por el sistema del concurso.

Esto es importante porque si bien se le dejo al legislador que el estableciera cuales eran los cargos de libre nombramiento y remoción, no se le dijo que podía establecerlo como regla general⁸³.

Actualmente existen varios sistemas de carrera:

- A) La carrera administrativa
- B) La carrera docente
- C) La carrera judicial.

⁸³ Antes de la constitución de la const. del 91 la carrera Adm. estaba consagrada por regla general, pero solo para la rama ejecutiva del poder publico a nivel nacional. A partir de la Constitución de 1991 la carrera se establece como sistema de administración de personal, tanto para la rama ejecutiva del poder publico como para las otras ramas del poder, órganos de control, y, por regla general, para todo el Estado Colombiano.

De igual forma cuando la Corte Constitucional ha revisado los otros estatutos de carrera, verifica que los mismos, no vayan a consagrar que la mayoría de los cargos sean cargos de libre nombramiento y remoción

- D) La carrera de la Contraloría General de la República
- E) La carrera de la Procuraduría General de la Nación
- F) La carrera de la Fiscalía General de la Nación
- G) La carrera en la Aeronáutica civil
- H) La carrera en las Superintendencias
- I) La carrera Diplomática y Consular
- J) La carrera del Congreso de la República

Cada una, como sistemas propios de carrera, tiene sus propias Leyes o Estatutos. La carrera administrativa como uno de esos sistemas propios de carrera, cuya base legal es la Ley 909 de 2004 y su Decretos Reglamentarios, es el sistema general para toda la rama ejecutiva del poder público, tanto nivel nacional como territorial, y sus disposiciones son de carácter supletorio para las otras carreras especiales en caso de encontrarse vacíos en la normatividad que las rige.

Ahora bien, existen sistemas específicos o especies de la carrera administrativa general. Estas clases de carrera administrativa se establecen en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen, por lo cual contienen regulaciones específicas en relación al ingreso, capacitación, permanencia, asenso y retiro del personal, y por tanto, también se encuentran consagradas en leyes diferentes a la Ley 909 de 2004. Estas son:

2. La carrera administrativa del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.
3. La carrera administrativa del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.
4. La carrera administrativa de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.
5. La carrera administrativa del personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.
6. La carrera administrativa del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
7. La carrera administrativa de la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil

Se tratan de sistemas específicos de carrera administrativa, cada uno con su propia Ley que los regula. Pero en materia de principios generales están sometidos a los establecidos en la ley 909 de 2004.

Adviértase que, en principio, únicamente la carrera administrativa general era la que se encontraba bajo la dirección de la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia amplió esa competencia de la Comisión, a los sistemas específicos de carrera administrativa. Sin embargo, no existe estatuto alguno que, para las carreras especiales haya creado un órgano rector que las administre y vigile. Es decir, la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para dirigir esas carreras especiales, resultando procedente la creación de una entidad que así lo hiciera.

10.21 CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS EMPLEADOS S.

El artículo 5 de la Ley 909 de 2004, en desarrollo del artículo 125 constitucional, establece la clasificación de los empleos s. Dice que los empleos s de los organismos y entidades regulados por ella son de carrera administrativa, salvo los de elección popular, periodo fijo, trabajadores oficiales, y los ejercidos por las autoridades indígenas conforme a su propia legislación. Igualmente los cargos de libre nombramiento y remoción en razón a los siguientes criterios:

10.21.1 Dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices.

La Ley 909 de 2004 en su artículo 5, numeral 2, literal a, hace un listado taxativo de los servidores s que responden a este criterio en la administración central a nivel nacional, en la descentralizada a nivel nacional, en la administración central y órganos de control a nivel territorial, y en la administración descentralizada del nivel territorial. Es decir, son solamente esos funcionarios los que en cada nivel de la administración pública son considerados como de libre nombramiento y remoción en razón a este criterio de dirección

10.21.2 Especial confianza

En razón a tener asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo al servicio directo o inmediato de determinados funcionarios. Igualmente, en el artículo 5, numeral 2, literal b, se hace un listado taxativo de los servidores s que responden a este criterio por estar al servicio directo e inmediato de determinados funcionarios, siempre y cuando, el cargo se encuentre adscrito a los despachos de estos, ya sea en la administración central del nivel nacional, en la administración descentralizada del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial y en la administración descentralizada del nivel territorial.

De un lado, se trata de servidores con funciones que requieren de un alto grado de confidencialidad o confianza, y de otro, que estas sean desempeñadas en razón de una relación de subordinación y dependencia inmediata a los cargos de dirección que en ese literal describe la Ley, como por ejemplo, la secretaria privada de un Ministro.

10.21.3 Administración y el manejo

En relación con bienes, dineros y/o valores del Estado. Como no existe listado taxativo para este criterio, es procedente analizar cuando un funcionario por ejemplo tiene las funciones de administración, como por ejemplo la competencia de decidir sobre cómo invertir el dinero del erario.

10.21.4 Funciones de escolta

Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones sean las de escolta, y consistan en la protección y seguridad personales de los servidores s.

10.22 FORMAS DE PROVISIÓN DE EMPLEOS S

Son mecanismos a través de los cuales se provén los cargos s. Son las formas como se proveen las vacantes existentes en los empleos s de la administración, en donde no aparece persona natural desempeñándolos.

Las formas de provisión de los empleos s son dos:

10.22. 1 Los nombramientos. A través de los cuales se proveen los empleos s vacantes con personas que no se encuentran vinculadas con la administración.

10.22.2 Los movimientos de personal. Por medio de los cuales los empleos s son provistos con el propio personal ya vinculado al servicio. Las personas que ya están desempeñando un cargo pasan a desempeñar otro que se encuentra vacante.

10.23 CLASES DE NOMBRAMIENTOS

En la rama ejecutiva del poder, existen tres tipos de nombramientos:

10.23.1 Ordinario

Es la forma de provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción. Entonces por medio de este nombramiento las personas ingresan al servicio para ocupar los cargos de libre nombramiento y remoción.

Durante mucho tiempo, erróneamente se creía que por nombramiento ordinario se podía vincular a quien se quisiera, y entonces el único requisito para acceder a un

cargo de libre nombramiento y remoción era simplemente que lo nombraran. Eso nunca ha sido cierto. Existe cierta discrecionalidad del nominador para determinar la oportunidad y conveniencia para vincular a una persona en un cargo de libre nombramiento y remoción, pero debe atender a que el candidato reúna los requisitos establecidos, tanto en el Manual General de Funciones y requisitos, como en el Manual Específico De Funciones y requisitos del cargo respectivo.

Habíamos visto que el manual general de funciones está establecido en un Decreto proferido por el gobierno nacional, y el manual específico de funciones, son las resoluciones que, cada entidad, previo estudio técnico, expide para determinar los requisitos y funciones específicos para los cargos a su interior.

Entonces, cuando se procede a un nombramiento ordinario, se tiene que verificar si la persona a quien se va a nombrar reúne o no reúne los requisitos del cargo para ser nombrado en el cargo.

La discrecionalidad del nominador reside en la posibilidad de escoger a quien quiera, entre varias personas que cumplan los requisitos de determinado cargo, en razón a que los nombramientos en cargos de libre nombramiento remoción son fundamentalmente hechos con base en la confianza. Entonces, el nominador va a trabajar con las personas en quien confía. Desde ese punto de vista, es que el nominador va ejercer su discrecionalidad nombrando a quien quiera.

Últimamente se ha hablado de la meritocracia para cubrir las vacantes de cargos de libre nombramiento y remoción. Resulta absurdo, porque la meritocracia para esta clase de nombramientos no está reglada, y si lo estuviera, el cargo ya no sería de libre nombramiento y remoción, sino de carrera sometido a un sistema reglado. Sería impropio hacer un concurso de méritos para nombrar a quien simpatice con el nominador, siendo más un ardid de campaña política.

10.23.2 Provisional

El nombramiento provisional es un mecanismo excepcional de provisión de empleos mientras se realiza el concurso respectivo. Es de naturaleza transitoria.

Cuando queda vacante un cargo de carrera administrativa el mismo debe ser provisto mediante concurso, pero mientras este se realiza, ese cargo vacante de carrera se podrá proveer mediante nombramiento provisional.

Se trata de un mecanismo precario de vinculación de una persona al servicio, porque no otorga derecho a estabilidad, ni siquiera sobre el mismo período de la provisionalidad. Eso significa que puede ser removido libremente en cualquier momento.

La Ley 909 de 2004 en su artículo 25, establece el nombramiento provisional únicamente como mecanismo excepcional para proveer los empleos temporalmente vacantes de carrera administrativa cuyos titulares se encuentren

en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, solo por el tiempo que duren aquellas situaciones cuando no hayan sido posible proveerlo mediante encargo con servidores s de carrera. Es decir, cuando un funcionario se encuentra, por ejemplo, en comisión de estudios o en vacaciones, su cargo queda vacante temporalmente. La forma ordinaria de proveerlo es encargando a otro funcionario para que provisionalmente ejerza las funciones del cargo vacante. Eso es un movimiento del personal interno de la entidad para llenar transitoriamente una vacante, llamado por la Ley 909 como encargo.

Para los empleados que venían ejerciendo cargos de carrera en provisionalidad, la Ley 909 de 2004 en su artículo 56 dice que podrán presentarse a los concursos convocados para que sus condiciones sean evaluadas, a fin de conformar las listas de legibles para proveer dichos cargos en forma definitiva, con lo cual se busca acabar la situación precaria de los funcionarios en provisionalidad, para que puedan entrar a la carrera administrativa. Sin embargo, en la realidad, mientras se desarrolla todo el proceso de concurso de méritos, seguirán ostentando la calidad de provisionales. Así, a pesar de haber entrado en vigencia esa Ley desde el 2004, hasta el año 2007 no se han proveído los empleos a través del sistema de carrera administrativa, por lo que, las personas en provisionalidad seguirán siéndolo indefinidamente.

10.23.3 En período de prueba.

Esto es el sistema de la regla general para proveer en forma definitiva los cargos vacantes de carrera administrativa. El nombramiento propio de la carrera es el de período de prueba, el cual es una de las etapas del concurso de méritos. Por consiguiente, es un mecanismo reglado de provisión de los empleos, al que se llega después de haberse adelantado las diversas etapas del concurso. No es la etapa final, sino intermedia de todo el proceso.

10.24 ETAPAS DEL CONCURSO DE MÉRITOS⁸⁴

10.24.1 Convocatoria al concurso

La convocatoria al concurso que deberá estar suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Jefe de la entidad. Esa convocatoria está compuesta por las reglas bajo las cuales quedarán sometidos tanto la administración que convoca concurso, como los particulares que van a participar en este.

Allí se identificará el cargo que se encuentra vacante, los requisitos de idoneidad, capacidad y experiencia exigidos para participar en el concurso, las pruebas y entrevistas que se van a realizar y la base del sistema de puntaje de su calificación. También, los métodos para conformar la lista de elegibles, cuando se hará el nombramiento provisional, el nombramiento en periodo de prueba, como

⁸⁴ Artículo 31 de la Ley 909 de 2004

se evaluará este, y como se escalafonará definitivamente al seleccionado en la carrera administrativa.

10.24.2 Reclutamiento

Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto de concurso.

Entonces, la convocatoria al concurso se hará de manera pública, a través de los diferentes medios de comunicación de difusión masiva, y en las carteleras de las distintas entidades públicas. Así se darán a conocer las disposiciones y la convocatoria al concurso. Por la prensa por la radio, y en las carteleras de la entidad de la rama ejecutiva del poder respectiva. Se dan a conocer las bases del concurso.

Luego, las personas que consideran que reúnen los requisitos de idoneidad, competencia, experiencia, cognoscitiva, los acreditarán para poder entrarán a formar parte de los reclutados o seleccionados para participar en el concurso, o sea, los inscritos en el concurso.

Vencido el plazo para acreditar los requisitos, la administración informará quiénes fueron las personas que pueden participar en el concurso, o sea que son los aspirantes del concurso.

10.24.3 Pruebas

En esta etapa se practicarán los exámenes, entrevistas previstas en la convocatoria, con el fin de apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de esos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas son eliminatorias, de tal manera que quien pierde una prueba, no se le califica la siguiente. Al final, la lista de elegibles se elabora con todos aquellos que aprobaron satisfactoriamente todas las pruebas, obteniendo el puntaje mínimo para estar dentro de la lista de elegibles.

10.24.4 Lista de elegibles

Está conformada en estricto orden de calificaciones, por todas las personas que habiendo superado todas las pruebas obtuvieron un puntaje superior al puntaje mínimo requerido para estar en dicha lista, la cual, tendrá una vigencia de 2 años. Las vacantes serán cubiertas, siguiendo en estricto orden, con las personas que hayan obtenido el mayor puntaje.

Esta lista de elegibles, será publicada y comunicada masivamente. Además, con esa lista exigible se proveen los cargos s vacantes que tengan el mismo nivel, el mismo grado y los mismos requisitos de otro cargo de carrera dentro de cualquier rama del poder

10.24.5 Período de prueba

La persona que haya sido seleccionada por concurso, en principio, el primero de la lista de elegibles, será nombrada en período de prueba por el término de 6 meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el respectivo reglamento. Habiéndose nombrado en período de prueba a esa persona, el segundo dentro de la lista de elegibles pasa a ser el primero, y el que estaba de tercero pasa a ocupar el segundo lugar, y así sucesivamente.

Si, al finalizar los seis meses de periodo de prueba, la persona supera satisfactoriamente la o las correspondientes evaluaciones de desempeño laboral, será inscrito en el Registro de carrera, adquiriendo todos los derechos de esta. De no obtener evaluación satisfactoria, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente, y se deberá nombrar en periodo prueba al segundo de la lista de elegibles.

El nombrado en periodo de prueba, tiene derecho a la estabilidad relativa para culminar su periodo de prueba y superado este satisfactoriamente, tiene derecho estabilidad para permanecer en los cuadros del administración mientras tenga y demuestre buen desempeño en las evaluaciones anuales que se les aplica.

Ahora bien, en los concursos de asenso de los empleados inscritos en carrera administrativa, los que los superen, serán nombrados en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación de desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conservará su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

10.25 MOVIMIENTOS DE PERSONAL

Los movimientos de personal, son mecanismos de provisión de cargos vacantes en forma provisional o definitiva, pero con personas que ya se encontraban vinculadas al servicio. Los vigentes en la legislación actual son los siguientes:

10.25.1 El Encargo

Es una forma de provisión de empleos, a través de la cual, un cargo vacante en forma

Definitiva o temporal se provee temporalmente con un funcionario de inferior categoría a aquel que se encontraba desempeñando el cargo vacante, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente. También creemos que puede ser encargado a uno de igual categoría, ya que si el de inferior puede, nada impediría para que uno del mismo nivel lo pudiera desempeñar, quien es más fácil que cumpla con los requisitos del cargo.

En el encargo, el cargo se encuentra vacante en forma temporal o definitiva, pero la provisión se hace en forma temporal.

El periodo del encargo es de 6 meses cuando el cargo se encuentra vacante indefinidamente mientras se surte el proceso de selección de empleos para proveer empleos de carrera administrativa. Cuando esté vacante en forma temporal, el periodo del encargo será igual al de la vacancia temporal, como cuando hay vacancia porque el funcionario que lo desempeñaba está en vacaciones, en licencia o comisión de estudios, el encargo será igual al periodo que dure esas situaciones.

El funcionario encargado, tiene derecho a recibir el salario más alto, ya sea su propio cargo o ya sea del cargo en el cual está encargado.

El encargo puede hacerse, dejando el funcionario las funciones de su cargo y desempeñando solo las del cargo vacante para el cual fue encargado, o para desempeñar al mismo tiempo las funciones propias de su cargo y las funciones del cargo que se encuentra vacante, pero lo que no tiene derecho es a recibir dos remuneraciones, tendrá derecho a recibir la más alta.

La limitación es que ese derecho a recibir el sueldo del cargo más alto solo opera cuando el cargo haya quedado vacante en forma definitiva, porque si es de forma temporal no tendrá a ese derecho. Es entonces, si el titular del cargo no está recibiendo la remuneración. Con excepción, de cuando el titular del cargo se encuentren comisión de estudios, porque en ese caso, a pesar de que el titular del cargo si se encuentra recibiendo la remuneración más alta, el encargado también tendrá derecho a recibir la misma remuneración a pesar de que el titular del cargo también la recibe.

10.25.2 Traslado.

Es un mecanismo de provisión de empleos, mediante el cual un cargo vacante en forma definitiva, es provisto, también en forma definitiva, con un funcionario de igual o inferior categoría al del cargo vacante. Existen tres clases de traslado:

10.25.2.1 Ordinario, donde simplemente, pasa de un cargo a otro en la misma ciudad en la misma entidad, pero en otra dependencia.

10.25.2.2 De ciudades, es cuando el funcionario va ocupar definitivamente un cargo vacante en una ciudad distinta a aquella en la cual se encuentra desempeñando cargo, pero en la misma entidad. Pasa de ser profesional universitario, en una oficina de INVIAS en Cali, a ser profesional universitario en una oficina de INVIAS en Bogotá.

10.25.2.3 Por permuta de cargos, el cual puede hacerse dentro en una misma entidad o entre varias. Puede ser el caso de dos funcionarios ubicados en la misma entidad del mismo nivel o grado y cumpliendo con los mismos requisitos para los respectivos cargos, deciden solicitar el director de la entidad que simultáneamente los traslade.

Cuando los dos funcionarios están ubicados en diferentes entidades, se necesita que ambos soliciten a sus respectivos nominadores, que simultáneamente los traslade de entidad. Por ejemplo la secretaria grado 4 del despacho del jefe de división de Ministerio de Defensa, junto con la secretaria grado 4 del despacho de un jefe de división del Ministerio de Comunicaciones, deciden solicitar a los respectivos Ministros que simultáneamente los traslade.

En este tipo de traslado, al igual que el traslado entre ciudades, ambos funcionarios tienen que ser de carrera administrativa, y pasar a ocupar un cargo del mismo nivel y grado.

Requisitos fundamentales del traslado: que no implique desmejora en las condiciones laborales objetivas del funcionario trasladado, como un menor salario y prestaciones sociales en el nuevo cargo al que recibía, y tampoco vaya a ser disminuido en su jerarquía.

Reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, ha indicado, además, que tampoco puede desmejorarse las condiciones subjetivas o personales del funcionario trasladado, cuando las mismas se hayan objetividad como consecuencia del conocimiento o aceptación que de ellos ha hecho la administración. Por ejemplo: el empleado de bienestar familiar que sufre del corazón, y debe mantenerse a un nivel del mar determinado, no puede vivir en la altura porque se enfermaría. Y esa enfermedad aparece en hoja de vida con su respectivo dictamen médico, y es de conocimiento de la administración. Ésta no podría trasladarlo, por ejemplo, de Cartagena a Bogotá porque en ese caso se desmejoraría una condición que no de implicar una desmejora en la jerarquía, en prestaciones sociales, ni salarialmente, si se trataría de una condición personal del funcionario, que se ha objetividad, porque la administración conoce de esa condición personal sustentada en un examen médico.

10.25.3 Comisión de un funcionario de carrera para que desempeñe un cargo de libre nombramiento y remoción

Es un movimiento de personal, a través del cual, se provee una vacante definitiva de un cargo de libre nombramiento y remoción con un funcionario de carrera.

En realidad, un cargo de libre nombramiento y remoción puede ser provisto mediante los movimientos de personal de encargo y comisión. La forma corriente de proveerlos es por medio de los nombramientos ordinarios, y la forma como se proveen temporalmente las vacantes definitivas o temporales será mediante encargo, y en forma definitiva a través de la comisión de un empleado de carrera.

El artículo 24 de la Ley 909 de 2004 establece que los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos mediante encargo a los empleados de carrera que cumplan los requisitos para su desempeño, y en caso de ser definitiva, el encargo solo podrá ser ejercido por 3 meses. Se trata de una potestad del nominador hacerlo mediante encargo.

En cambio, en el artículo 25, se dice que los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por 3 años prorrogables por un término igual para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trata de empleos de período. Se trata de un derecho que tiene el empleado de carrera

Mientras que la figura del encargo se usa cuando el nominador quiere proveer una vacancia temporal o definitiva por un lapso muy corto, en comisión se va a desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción hasta por 6 años, al cabo de los cuales el funcionario decide si regresa a su cargo original, o sea un cargo de carrera administrativa, o si solicita a la administración que lo nombre de forma ordinaria, definitiva, en el cargo de libre nombramiento y remoción. Si la administración decide no nombrarlo, el funcionario simplemente regresa a su cargo de carrera.

Si decide que lo vinculen por nombramiento ordinario, perderá sus derechos de carrera, ya que no se tratará de un movimiento de personal sino de una nueva clase de vinculación de la persona a la administración. La persona deprecaría su nombramiento en carrera para que ahora sea visto por la administración como un funcionario de libre nombramiento y remoción, por lo cual así será tratado jurídicamente. Un funcionario no puede tener dos tipos de vínculo con la administración, máxime cuando por naturaleza son excluyentes, no se podría decir que una persona es a la vez empleado de carrera administrativa y de libre nombramiento, tiene que ser uno de los dos, ya que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. En la comisión el empleado sigue teniendo el vínculo de carrera administrativa así esté ejerciendo un cargo de libre nombramiento y remoción, en razón a un simple movimiento de personal que no implica una nueva vinculación.

Entonces la figura que se ha encontrado para aprovechar por un período más largo la experiencia, capacidad, competencia e idoneidad del funcionario de carrera en un cargo de libre nombramiento y remoción es la de la comisión.

La principal diferencia entre el encargo y la comisión, es que aquel se otorga por tiempo muy corto, máximo 3 meses, mientras que ésta es por más tiempo más largo, hasta por 6 años. Por eso el encargo es para proveer una vacante temporal o definitiva, mientras que la comisión es para una vacante solo definitiva. Es decir, la comisión, a pesar de su temporalidad, tiene un cariz de mayor estabilidad y permanencia que el encargo, el cual, es una figura más de urgencia para suplir una vacante durante el tiempo para encontrar a la persona lo suficientemente idónea para ejercerlo con un carácter de permanencia. Ninguno de los dos es de definitivo. Sea a través de encargo o de comisión, el cargo no se entiende provisto de manera definitiva, ya que para fuera así, debe ser suplido a través de nombramiento ordinario que le otorgue a la persona el título de funcionario de libre nombramiento y remoción.

Se observa que en la comisión, se trata de uno de los derechos que la carrera administrativa otorga, y es el del estímulo, cuando un cargo de libre nombramiento y remoción ha quedado vacante de forma definitiva, genera unas expectativas de mayor estabilidad al poderse otorgar hasta por 6 años, lo cual, seguramente, le va a significar mayor salario, prestaciones sociales y jerarquía. Es decir, el funcionario va a recibir la remuneración completa del nuevo cargo.

Cabe aclarar, que en cualquier momento de los tres o seis años que el funcionario se encuentre desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción, este puede ser provisto libremente por la administración, en cuyo caso el funcionario regresará a su cargo de carrera. O sea, la administración puede proveer definitivamente el cargo que está siendo ocupado temporalmente por el funcionario de carrera mediante nombramiento ordinario, en cuyo caso el funcionario de carrera regresará a ocupar el cargo de carrera que venía ocupando. Al fin y al cabo, el tiempo durante el cual se va a ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción es incierta, ya que así se esté ejerciendo por nombramiento ordinario, o por encargo, o por comisión, el nominador en cualquier momento puede terminar ese tipo de vinculación o movimiento de personal en el momento que lo crea conveniente. Por lo cual en un cargo de libre nombramiento y remoción sea cualquiera el título por el cual se esté ejerciendo, no tendrá naturaleza de estabilidad.

Entonces, la comisión es un mecanismo para estimular a los funcionarios de carrera, permitiéndoles continuar ascendiendo, así ya no sea en la carrera, pero preservándoles los derechos a la carrera, cuando el cargo de libre nombramiento y remoción vaya a ser ocupado por una persona diferente nombrada ordinariamente, regresando a su cargo de carrera sin ningún inconveniente.

10.25.4 Ascenso

Es el movimiento de personal mediante el cual un cargo de carrera administrativa, vacante en forma definitiva, es cubierto con otro funcionario de carrera de inferior categoría, previa realización del concurso de ascenso respectivo en el cual el funcionario, ya vinculado a la administración, ha resultado ganador de ese concurso.

Aquí llegamos al tema de los concursos de ascenso. Uno de los elementos importantes y fundamentales en la existencia de una carrera administrativa es la movilidad dentro de la misma, dándose la posibilidad que su interior, los funcionarios puedan ascender. Si no hay posibilidad de ascenso en la carrera, la carrera se estanca, y los funcionarios no procuraran ampliar sus competencias.

La filosofía de un concurso de ascenso consiste en que, cuando queda vacante un cargo de la carrera administrativa, la administración decide proveerlo mediante un concurso de ascenso, para darles la posibilidad a los funcionarios que ya están en la carrera de ocupar ese cargo. Uno solo puede ascender hacia algo que es superior a la inferioridad en la que uno se encuentra dentro de determinado contexto o medio. Así lo entendía la Ley 443 de 1998.

Sin embargo, la Ley 909 de 2004 en su artículo 29 estableció que el ascenso a los empleos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño. Con lo cual se entiende que puede participar cualquier persona que cumpla los requisitos del cargo a proveer esté o no en carrera administrativa. Esto se colocó así en razón a que la Corte Constitucional, respecto a la Ley 443 de 1998, había establecido que al no hacerlo abierto se violaba el derecho de igualdad de todas las personas a ejercer los cargos, declarando la inexecutable de esa exigencia.

Si esto es así, entonces, no estaríamos en presencia de un concurso de ascenso, sino en uno abierto como cualquier otro. Creemos que si se guardara la filosofía del significado de un concurso de ascenso, no se estaría violando el principio de igualdad, ya que se participaría en paridad de condiciones entre quienes ya se encuentran inscritos en la carrera administrativa; de lo contrario, por ejemplo, así como no pueden participar en concursos abiertos quienes no reúnen los requisitos para el cargo, como ser profesional universitario, o experiencia de diez años, los que no la tengan podrían alegar el desconocimiento del derecho a la igualdad. De la misma manera, exigir que para participar en el concurso de ascenso se encuentre inscrito o vinculado a la carrera, de ninguna manera se estaría rompiendo con dicho principio.

Sin embargo la Ley 909 siguiendo lo expuesto por la Corte Constitucional, no entendió este racionamiento, como tampoco el hecho que un sistema de carrera administrativa no funciona mientras no se tenga la posibilidad de movilidad, la cual se da mientras exista la posibilidad de concursos de ascenso dentro de ella, lo

cual es un derecho de los que otorga la carrera administrativa para quienes pertenecen a ella.

No obstante, no significa que el movimiento de personal denominado ascenso haya desaparecido. Sigue siendo una forma de proveer un empleo de carrera de superior jerarquía, vacante en forma definitiva, con un funcionario de carrera de inferior jerarquía, previa realización del concurso en el cual el funcionario se ha ganado el concurso, sólo que ahora el concurso es abierto.

La Ley 909 de 2004 establece que el funcionario de carrera ascendido, o sea quien ganó el concurso, debe ser nombrado en período de prueba y debe cumplirlo aprobando la evaluación de desempeño satisfactoriamente, para luego ser inscrito definitivamente dentro del escalafón de la carrera, previó concepto favorable de la comisión de servicio civil. Si el funcionario, no cumple satisfactoriamente el periodo de prueba, regresará a ocupar su antiguo cargo de carrera. Por eso, mientras el funcionario esté desempeñando un cargo en periodo de prueba, su cargo original estará vacante en forma temporal, el cual, solo podrá ser provisto, mientras dura el periodo de prueba, mediante encargo, o nombramiento provisional si aquello no fuera posible.

Si vencido el periodo de prueba, el funcionario lo supera satisfactoriamente, su antiguo cargo queda vacante en forma definitiva en razón a que va a ser escalando en el nuevo. Entonces, para proveer el cargo que antes ejercía deberá ser a través de concurso o de la lista de elegibles.

Ahora, si no superó el periodo de prueba, regresará a ocupar el cargo que ejercía antes, y la persona que ejerció éste por encargo o en provisionalidad, cesa definitivamente en sus funciones regresando a su cargo inicial o saliendo de la administración respectivamente, quedando todo inalterable.

Pero si el funcionario no pasa las pruebas, ¿quien ocuparía el cargo de ascenso? De todas formas tendrá que ser proveído por el segundo en la lista elegible del concurso de ascenso que puede ser, un funcionario, o una persona ajena a la carrera administrativa.

10.26 SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

Una vez nombrado y posesionado el funcionario, puede encontrarse en diversas modalidades de relación con la administración durante el transcurso de su vinculación. Es lo que se conoce como situaciones administrativas, que pueden ser:

10.26.1 Servicio activo

El funcionario se encuentra en servicio activo, cuando se encuentra desempeñando el cargo para el cual fue designado con sus respectivas funciones,

en el lugar y sitio en el cual fue nombrado. El funcionario se encuentra en servicio activo, cuando están desarrolladas las labores del cargo.

10.26.2 Permiso

Es una situación administrativa que consiste en la separación transitoria durante muy corto tiempo del funcionario de su lugar de trabajo (no del cargo), para adelantar actividades de naturaleza personal. Siempre es remunerado. Los permisos pueden ser:

10.26.2.1 Por calamidad doméstica, como la muerte de un familiar, tiene derecho a 3 días de permiso.

10.26.2.2 Por matrimonio, permiso por 3 días.

10.26.2.3 Para adelantar actividades personales: este tiene una duración de hasta 3 días por año calendario. Cuando es inferior a 3 días, lo concede el superior jerárquico del funcionario no requiere registrarse en la hoja de vida, sino simplemente puede ser solicitado y concedido en forma verbal.

10.26.3. Licencia

Consiste en la separación transitoria o temporal del cargo (no del trabajo) desempeñado en la administración. Es no remunerada si se trata de licencias ordinarias, o remunerada si se trata de las licencias de maternidad o por enfermedad.

10.26.3.1 Ordinaria

Es aquella separación temporal del ejercicio del cargo, para desarrollar actividades de naturaleza particular. No es remunerada, y para efectos prestaciones implica solución de continuidad, esto es, se descuenta el tiempo de licencia para efectos de prestaciones sociales. Cada entidad puede tener reglamentado por cuantos días puede otorgar la licencia y su respectiva prórroga. Ahora bien, durante ese tiempo el funcionario puede adelantar cualquier actividad que requiera o desee, como desempeñar cargos del sector privado pero nunca cargos del sector.

10.26.3.2 Remuneradas

Que pueden ser:

10.26.3.2.1 Por enfermedad

Es la separación temporal del funcionario de su cargo cuando se encuentra incapacitado. Varía de 3 días a seis meses según la incapacidad. Por consiguiente, las incapacidades que generan esta licencia son aquellas superiores a 3 días. Ahora, si el funcionario completa seis meses ininterrumpidos de licencia

por enfermedad deberá ser pensionado por invalidez de acuerdo al grado de incapacidad, por la correspondiente EPS.

¿Porque las licencias son concedidas por menos de 3 días? Sencillamente porque se considerará como un permiso por calamidad doméstica. Puede que este incapacitado, pero si es por menos de 3 días lo que se le concederá es un permiso. No tiene sentido hacer tramitar una licencia por algo que es completamente pasajero y circunstancial. Por eso se estableció que la licencia sería de 3 días, lo cual también evita el congestionamiento de las EPS.

El funcionario, cuando se encuentra en licencia por enfermedad, tiene derecho a recibir durante los 3 primeros meses, el 75% de su remuneración, y durante los 3 siguientes el 50% de su remuneración. Sin embargo a partir de la Ley 100 de 1993, permitió que cada EPS pudiera establecer el régimen de pago, partiendo de los porcentajes mínimos de: 75% del salario en los 3 primeros meses, y el 50% del salario a partir de los 3 siguientes.

10.26.3.2.2 Licencia de maternidad

La funcionaria pública que se separa temporalmente del cargo, teniendo derecho durante 12 semanas en la época del parto a la remuneración completa por esas 12 semanas. También puede tomar las 12 semanas siguientes después del parto. Por lo menos seis semanas deberán ser tomadas por la trabajadora con posteridad al parto. También es asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada.

Adicionalmente, a partir de la ley María, el padre de la criatura, no el esposo, tiene derecho a licencia de paternidad, que consiste en 8 días hábiles. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el registro civil de nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor. También será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las 100 semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Tanto la licencia de maternidad como la de paternidad proceden en el caso de niños prematuros y adoptivos.

La licencia de maternidad es incompatible con la de enfermedad. De forma que si durante el embarazo la madre resultare enferma y tiene complicaciones, la licencia por maternidad se suspende y tendrá derecho a la de enfermedad. Cuando esta termine, se seguirá de nuevo a contarse la licencia de maternidad (no se reinicia el conteo).

10.26.4 Vacaciones:

Es una separación temporal del funcionario de su lugar de trabajo para disfrutar de un descanso remunerado. Los funcionarios s cada vez que completen un año de servicios, tienen derecho a 15 días hábiles de vacaciones remuneradas.

En el sector, por regla general, para tener derecho a las vacaciones, se requiere el año completo de servicios, no existen vacaciones proporcionales. Si se retira antes de 1 año completo de servicio, pero después de haber completado 11 meses de servicios, tiene derecho a los 15 días hábiles de vacaciones remuneradas, como si hubiera completado el año de servicio.

Si el funcionario se retira cumpliendo menos de 11 meses de vinculación en la administración o de servicio, el funcionario no tiene derecho a vacaciones. No es como en el sector privado, en el laboral ordinario, que a partir del sexto mes hay lugar a las vacaciones proporcionales. En el sector tiene que haber cumplido por lo menos 11 meses de prestación de servicios para hacer exigible su derecho a vacaciones.

Para el cómputo del tiempo de los 11 meses de servicio no se deben contabilizar los días que por justa razón se hayan dejado de laborar, como por ejemplo, las licencias remuneradas, y los permisos.

Jurídicamente, la licencia de maternidad suspende el disfrute de las vacaciones, en consecuencia, la trabajadora tendrá derecho a reanudar a reanudar el disfrute o el tiempo que le hiciera falta una vez terminada la licencia por maternidad. La doctrina sostiene que la enfermedad suspende las vacaciones porque durante ella el trabajador no está reponiendo sus fuerzas ni recuperando su capacidad de trabajo, todo lo contrario, el estado patológico en que se encuentra se opone a esa recuperación⁸⁵.

Las vacaciones no son salario, ni prestación social, sino un descanso remunerado que debe tomarse como base para liquidar los diferentes aportes que deben hacer los empleados s.

Pueden pasar hasta dos períodos de vacaciones sin tomarlas, pero a partir del segundo período debe ser obligatorio salir a vacaciones. Igualmente, se pueden compensar en dinero hasta 2 periodos de vacaciones. Después de completar tres periodos completos de vacaciones sin haber disfrutado ninguno, se pierde el más antiguo. Por ejemplo, si llega a completar el cuarto año sin haber tomado vacaciones, pierde el más antiguo. Nunca pueden estar vigentes tres periodos de vacaciones sin tomar. Si hay más, se pierde el más antiguo.

⁸⁵ Cartilla Laboral Legis, página 111, Editorial Legis.

10.26.5. El Encargo

Habíamos visto el encargo como movimiento de personal. Frente al funcionario encargado, es también una situación administrativa, que consiste en la separación temporal de su cargo, para desempeñar, igualmente en forma temporal, un cargo vacante definitiva o temporalmente.

Modalidades del encargo:

10.26.5.1 Se separa **temporalmente** de su cargo para ocupar otro cargo vacante
Temporal o definitivamente.

10.26.5.2 Cuando el funcionario desempeña **simultáneamente** su cargo y Temporalmente uno vacante en forma definitiva o temporal.

De resto se sigue lo mismo cuando lo explicamos cómo movimiento de personal

10.26.6 Las Comisiones

El funcionario se separa temporalmente del lugar de trabajo para desempeñar sus funciones propias de su cargo en un lugar diferente del que está nombrado, para realizar estudios o para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción.

Las comisiones son de tres modalidades:

10.26.6.1 De servicios:

El funcionario transitoriamente se separa de su lugar de trabajo para desempeñar funciones de su cargo en un lugar diferente al de su lugar de trabajo

Quando el funcionario esté en comisión de servicios, o sea cuando se debe desplazar a desempeñar las funciones propias de su cargo a un lugar diferente de su normal desempeño de su cargo, el funcionario tiene derecho a que se le suministre el desplazamiento hasta el lugar donde va a cumplir la comisión, y a que se le paguen los viáticos para los gastos de sostenimiento.

En ese caso, los viáticos están fijados de acuerdo con las escalas de remuneración que hace anualmente el Presidente de la República (escalas de viáticos) para cumplir comisiones en el exterior e interior del país.

Para el cumplimiento de las comisiones en el exterior, se hace de acuerdo con el lugar del mundo y de acuerdo a los niveles de grados de remuneración del funcionario. Esto porque, 500 dólares diarios de viáticos para Ecuador o Venezuela resultaría excesivo, pero 500 dólares en Japón sería pírrico. Está

establecido mediante un Decreto del Gobierno Nacional de acuerdo a las regiones en que el mundo se divide.

Para el cumplimiento de comisiones en el interior del país, los viáticos se dan en pesos y por escalas por grados de remuneración y a cada quien se le asigna una tarifa de viáticos diaria.

Cuando la comisión de servicios es para asistir a eventos o conferencias internacionales, o a un organismo internacional del cual forma parte Colombia, esa comisión debe ser autorizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Cuando la comisión de servicios es para negociar crédito o empréstito internacional, los viáticos son autorizados por el Ministerio de Hacienda y Crédito.

10.26.6.2 De estudios:

El funcionario que se encuentre por más de un año vinculado a la administración, tendrá derecho al otorgamiento de una comisión de estudios cuando la entidad así lo considere conveniente y necesario para el mejoramiento del servicio, hasta por tres años.

Esta comisión le otorga al comisionado el derecho recibir sueldo por todo el período de su ejercicio. No tiene derecho a viáticos, ni a gastos de desplazamiento, los cuales correrán por su cuenta.

Los requisitos que debe cumplir el comisionado de estudios, para que la comisión sea efectiva son los siguientes:

Suscribir con la administración un contrato o pacto en el que se obliga a desempeñar las funciones de su cargo después de la comisión de estudios por el doble del tiempo de la comisión de estudios. Si la comisión de estudios es inferior a seis meses, se obligará a desempeñar las funciones de su cargo por un año.

Constituir una póliza de garantía por el valor de los salarios correspondientes al doble del tiempo de la comisión. Si la comisión es por menos de seis meses: por el valor de salarios de un año. Esa póliza ampara el cumplimiento de su obligación de desempeñar las funciones de su cargo cuando regrese de éste. También, una de las obligaciones garantizadas con la póliza es que el funcionario se compromete a adquirir el título académico respectivo.

El funcionario de carrera tiene derecho a disfrutar la comisión.

¿La suscripción del mencionado pacto implica obligación de la administración de mantener al funcionario vinculado a la administración por el tiempo de la comisión y el doble de tiempo de ésta?

En tratándose de funcionarios de libre nombramiento y remoción no implica la pérdida de la potestad discrecional del nominador, la cual es de naturaleza permanente e ininterrumpida. El contrato es para establecer unas indicaciones para el comisionado para con la administración, pero no a la inversa. Por lo tanto, la persona puede estar en comisión de estudios y declararse insubsistente, relevándose del cumplimiento de sus funciones y terminándose su relación con la administración. Y esto puede suceder durante el tiempo de la comisión o cuando esté prestando el servicio por el doble del tiempo de la comisión. En este último caso, lo relevan de la obligación de prestar servicios por el doble de tiempo y le devuelven la póliza para que el seguro le devuelva la prima correspondiente al tiempo faltante para cumplir el término de vigencia de la póliza.

En otras palabras, los funcionarios de libre nombramiento y remoción no tienen derecho a la estabilidad por el hecho de otorgársele una comisión.

Ahora, si a un funcionario de carrera se le otorga comisión de estudios, durante el uso de esta no pierde su derecho a la estabilidad relativa, de tal forma que el funcionario de carrera sólo podrá ser declarado insubsistente si sus evaluaciones resultan insatisfactorias. ¿Cuál es la forma de evaluarlo? Se evalúan por las calificaciones que deben tener en los estudios. También debe garantizar mediante póliza la adquisición del título académico respectivo, so pena de hacérsele efectiva la póliza para que devuelva el doble de los salarios que recibió, sea de funcionario de carrera o de libre nombramiento y remoción. Pero el de carrera no sólo debe adquirir el título, si es un funcionario de carrera, adicionalmente las evaluaciones deben ser satisfactorias, no puede perder ningún examen durante el transcurso de la comisión de estudios.

Entonces, si un funcionario de carrera es declarado insubsistente, se le hace efectiva la póliza correspondiente al no haber tenido rendimientos satisfactorios, incumpliendo sus obligaciones. Al funcionario de carrera declarado insubsistente, se le hace efectiva la póliza, mientras que al de libre nombramiento y remoción no, ya que no es por su evaluación sino en virtud de la ininterrumpida potestad discrecional del nominador.

10.26.6.3 De un funcionario de carrera para desempeñar cargo:

Es también movimiento de personal. Frente a un funcionario en comisión, es la separación temporal de su cargo de carrera para desempeñar hasta por tres años un cargo de libre nombramiento y remoción.

10.26.7 Suspensión provisional mientras se realice una investigación disciplinaria:

Es la separación temporal del cargo del funcionario sin derecho a remuneración hasta por tres meses para adelantársele una investigación disciplinaria por una falta gravísima de aquellas que se sancionan con destitución, tipificadas en el

Código Disciplinario Único cuya sanción pueda ser la suspensión provisional para que el funcionario no vaya a entorpecer el desarrollo investigación.

Si el funcionario como resultado de la investigación el funcionario es absuelto de los cargos, que no le impliquen suspensión o destitución, el funcionario tiene derecho a que se le paguen los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, y a que el tiempo de la suspensión se considere como si no hubiera existido solución de continuidad. Es decir, se entenderá como si hubiera prestado sus servicios a la administración durante la época de la suspensión, lo mismo si se le llegare a imponer una sanción diferente la destitución o una sanción de suspensión inferior al tiempo que duró suspendido, como por ejemplo, se le impone una multa, o un llamado de atención. En cambio, si se le impone una sanción de 10 días y duró suspendido provisionalmente 3 meses, pues por los 2 meses y 20 días tiene derecho a que se le paguen los salarios y prestaciones sociales de esos 2 meses y 20 días, porque se considera que si ha existido solución de continuidad⁸⁶.

10.26.7 El servicio militar

El funcionario, que no ha cumplido con su servicio militar, puede separarse temporalmente del cargo para cumplir con este; y la administración deberá guardarle o conservarle el cargo hasta cuándo termine de cumplir el servicio militar más 30 días más, a fin de que funcionario se reintegre a desempeñar su cargo. El tiempo el servicio militar es considerado como tiempo de servicio para efecto de la pensión de jubilación.

10.27 OBLIGACIONES, DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS EMPLEADOS S

El Manual Genérico de funciones de la Rama Ejecutiva del Poder Público, establece en forma genérica esos deberes. El manual Específico de cada cargo que dicta cada entidad, por resolución o acuerdo, son particularmente para cada cargo, en donde se establecen las funciones, obligaciones y deberes de los funcionarios.

Adicionalmente, la Ley 200 de 1995 y hoy la Ley 734 de 2000, establecen también en forma genérica, los principales deberes, obligaciones, y funciones de los Empleados s.

⁸⁶ Solución de continuidad significa ruptura, interrupción del período de prestación de servicios. La no solución de continuidad es cuando no se corta el período, cuando la relación continúa ininterrumpidamente causándose. Solución es igual a interrupción. Es decir que cuando hablamos de solución de continuidad hablamos de interrupción de continuidad. Y, no solución de la continuidad es no interrupción de la relación.

Podemos extractar algunos deberes y obligaciones genéricos, como el de desempeñar en forma oportuna, cumplida, eficaz, y eficiente los actos que le competen a su cargo; Resolver también en forma oportuna eficaz y eficiente, las peticiones solicitudes que le formulen los particulares en relación con los asuntos propios de su cargo; Que, den trámite de la misma forma (eficiente, oportuna y eficaz), a todos los negocios y asuntos que le hayan sido asignados; A cumplir con su horario de trabajo; Dar trato respetuoso a las personas y al en general; Y en ultimas (como gran obligación y deber del funcionario), a cumplir con la Constitución, la Ley y los Reglamentos en el desempeño de sus funciones.

Ahora bien, el régimen de sus responsabilidades, se encuentran establecidas en los Manuales Genérico y Específico de Funciones, y en la Ley 200 de 1995 y 734 de 2000.

Tratando de extractar lo que establecen estas disposiciones encontramos que el Funcionario Público debe:

10.27.1 Cuidar los bienes y el presupuesto público que se encuentre a su cargo. En consecuencia, será responsable por cualquier pérdida, disminución o detrimento patrimonial por no haberle dado el debido y oportuno cuidado y salvaguarda a los bienes, dineros o presupuesto.

10.27.2 El funcionario Publico deberá atender todos los asuntos que correspondan a su cargo, con imparcialidad, resultando responsable cuando no se declare Impedido al existir algún motivo que así lo impida, ya sea por la existencia de algún vinculo de consanguinidad o de afinidad, por una relación de amistad o enemistad con esas personas, porque tenga un interés propio o porque represente el interés de un tercero; o busque la protección o el interés de un tercero, con las personas vinculadas al asunto a su cargo. En esos casos, el funcionario deberá declararse impedido, y si no lo hace podrá ser recusado.

10.27.3 Igualmente es responsable por el incumplimiento de los deberes a su cargo. Por tanto debe dar trámite oportuno, eficiente y eficaz a las peticiones que se le formulen y a los asuntos o negocios bajo su responsabilidad.

Adicionalmente, el funcionario tiene una serie de prohibiciones que también están fijadas en la Ley fundamentalmente en este caso en las leyes 200 de 1995 y 734 de 2000. De acuerdo con ellas, al Funcionario Público le está prohibido:

10.27.4 Recibir dos o más remuneraciones del Tesoro Público, salvo los regímenes excepcionales, por ejemplo de los militares y maestros, quienes pueden recibir dos remuneraciones del tesoro Público. Así por ejemplo, una persona que se haya vinculado al magisterio antes del 31 de diciembre de 1980, puede recibir actualmente pensión de gracia, y pensión ordinaria de jubilación como maestro, y trabajar como asesor del despacho del gobernador de Cundinamarca, recibiendo el correspondiente emolumento.

10.27.5 El Funcionario no puede desempeñar dos cargos en forma remunerada al mismo tiempo, a no ser que se trate de cargos de medio tiempo, o de tiempo inferior al medio (tiempo parcial), como en el caso de los médicos, en cuyo caso podrá desempeñar dos cargos de tiempo parcial, pero hasta el límite de un tiempo completo, esto es, 8 horas.

10.27.6 Al Funcionario le está prohibido cobrar o solicitar dineros, dadas o recompensas por las actuaciones públicas que están a su cargo. En algunas oficinas públicas se debe consignar un determinado valor para unos trámites, pero ese valor no es para el funcionario, es para la dependencia, verbigracia: trámites de traspaso de vehículos son para la Secretaría de movilidad, cuya tarifa está previamente establecida por la administración.

10.27.7 El Funcionario no puede disponer en su favor o a favor de terceros (en provecho propio o en provecho de un tercero), los bienes, dineros o presupuesto. Esta es la forma más corriente de corrupción, por ellos es considerada una de las faltas disciplinarias gravísimas que dan lugar a la Destitución.

10.27.8 Igualmente le está prohibido al Funcionario Público actuar parcializada mente en la decisión o trámite a su cargo.

En fin, estas son algunas de las Obligaciones, Responsabilidades y Prohibiciones de naturaleza genérica que podemos extraer de las disposiciones contenidas en la Ley 200 de 1995 y 734 de 2000, sobre el Régimen Disciplinario, pero que aplican en general a todos los servidores.

10.28 DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS

Estos también están establecidos de manera general en las Leyes y Reglamentos, fundamentalmente en algunas disposiciones de la ley 200 y 734 de 2000 en forma genérica.

Los principales derechos de los funcionarios son:

10.28.1 En primer lugar, que se les dé el trato respetuoso que su condición de persona humana merece, y que corresponde a la dignidad del cargo que representa. Es decir, tiene derecho a que se le dé un trato respetuoso como se le debe dar a cualquier persona, pero adicionalmente el trato respetuoso que se le debe dar en razón del cargo que desempeñe. En Colombia, a los Congresistas, y a los Miembros de las Cortes y de los Tribunales se les debe designar con la palabra de "Honorable Senador", "Honorable Representante", "Honorable Magistrado", para el caso del Presidente de la República, a partir del Gobierno del Presidente Turbay Ayala, se le quito la denominación de "Excelentísimo Señor Presidente", y ahora solo debe dársele el trato de "señor Presidente".

A todos los funcionarios de la Rama ejecutiva, en los distintos niveles Nacionales y Departamentales, se les debe dar el trato, con la denominación exclusiva de “Señor”, y así deben estar dirigidos a ellos los memoriales, las solicitudes o peticiones. Solamente en el manejo de las relaciones internacionales, y entre diplomáticos de distintos países, al Presidente de la República se le debe dar la denominación de “excelentísimo”, y a los Embajadores igual, pero no porque en Colombia exista esa denominación.

Derecho a recibir capacitación. En 1958 se creó la Escuela Superior de Administración Pública, como la entidad de estudios superiores encargada de brindar capacitación a los funcionarios en general, y específicamente brindar la posibilidad de adelantar estudios superiores a los funcionarios de carrera. Hoy la Escuela de Administración Pública se transformó en un establecimiento de carácter universitario en donde puede ingresar cualquier persona, pero continua teniendo como función la de dar capacitación a los distintos funcionarios.

Adicionalmente las entidades deben programar anualmente para todos los funcionarios cursos de capacitación en el desarrollo o desempeño de los Cargos de la Entidad.

10.28.2 Derecho a recibir estímulos. A los mejores funcionarios se les premia, generalmente a través de comisiones.

10.28.3 Derecho a recibir oportuna y completamente la remuneración que corresponde a su cargo. Como habíamos explicado, las remuneraciones de los funcionarios y empleados de la rama ejecutiva a nivel nacional, son establecidas anualmente por el Presidente de la República, de acuerdo con la tabla o escala de remuneración que se establece de conformidad con los distintos niveles, denominaciones y grados y clasificación de los cargos establecidos en el reglamento.

Esa facultad del Presidente de la República la ejerce de acuerdo a los parámetros y principios generales establecidos en la Ley 4ª de 1992. Entonces, constitucionalmente, para la determinación de los salarios de los Funcionarios, existe una competencia normativa entre el Congreso de la República, quien expide la Ley Marco para la determinación de los principios y parámetros generales para la determinación de los salarios, y el Presidente de la República, quien anualmente fija los salarios de acuerdo con las escalas de remuneración de conformidad con la clasificación de los empleos en los distintos niveles y grados.

Recordemos que como característica de la relación legal y reglamentaria, los salarios son fijados de manera general, impersonal y abstracta por la Ley y el Reglamento. Pues precisamente, el legislador establece los parámetros o principios generales en la aplicación de las remuneraciones y el presidente de la República establece las distintas escalas, pero siempre de manera general, impersonal y abstracta.

El Legislador ha establecido un principio fundamental, y es que anualmente se debe aumentar los salarios de acuerdo con la variación del índice de Precios al Consumidor (IPC) expedido por el DANE del año inmediatamente anterior, para todos los funcionarios. Sin embargo, en el año 2001 la Corte Constitucional, interpretó que el aumento del salario en un porcentaje igual al IPC solamente sería para los funcionarios que devengarán el salario mínimo, y para los demás de acuerdo con dos parámetros: La variación de la Inflación (IPC) y mas metas macroeconómicas fijadas por el Banco de la República. Por eso cada año el Gobierno establece que hasta dos salarios mínimos el porcentaje de aumento será igual al de la inflación (IPC), y que a partir de dos salarios mínimos en adelante habrá un aumento proporcional de acuerdo con las metas macroeconómicas que establezca el Banco de la República.

No obstante de lo anterior, se concluye que nunca habrá disminución del salario de un año a otro.

Ahora bien, ¿Qué son las escalas de remuneración? Recordemos que en la Administración encontramos nivel directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial, y en cada uno de ellos se encuentran diferentes grados. Por ejemplo: en el nivel técnico pueden haber, grado uno, dos, tres, etc. Entonces para cada nivel y grado, el Gobierno Nacional establecerá el monto de remuneración, por lo que el técnico grado uno devengará más que el técnico grado 2, pero menos que el profesional grado uno, el cual a su vez percibirá más que el profesional grado 2 pero menos que el asesor grado uno, y así sucesivamente.

10.28.4 El derecho a recibir oportuna, cumplida y completamente las prestaciones sociales. Recordemos que solo la Ley establece las prestaciones sociales de los empleados. Para todas las ramas del poder, a niveles nacional y territorial las prestaciones sociales son únicamente las establecidas por el Legislador a través de la Ley Marco 4 de 1992, y el Presidente de la República le corresponde determinar su régimen de aplicación. Existen distintos decretos como el 1042 y 1045 de 1978 que determinan el régimen de aplicación de las Prestaciones Sociales. ¿Pero si esos decretos son anteriores a la ley 4ª de 1992, como se aplican? Bien, pues lo que dijo la ley 4ª es que la regulación de las prestaciones sociales se haría de conformidad con los decretos 1042 y 1045 de 1978.

11. PRESTACIONES SOCIALES

¿Cuales son las principales prestaciones sociales a que tiene derecho el funcionario? Las prestaciones sociales a las que tiene derecho el Funcionario Publico son de dos naturalezas:

11.1 Prestaciones de naturaleza económica. Son de varias clases:

11.1.1 Cesantías:

El funcionario o empleado tiene derecho a recibir como cesantía un mes de salario por cada año de servicio, o proporcional por mes completo trabajado. Ese dinero lo recibe el funcionario en el momento de retirarse de la entidad o cuando lo requiera para compra o mejora de vivienda y educación. En el año 1968 se estableció que las cesantías de los funcionarios estarían depositadas exclusivamente en el Fondo Nacional del Ahorro, excepto las de los funcionarios del Ministerio de Comunicaciones, Telecom, Apostal y demás entidades del sector comunicaciones, que eran depositadas en el Fondo de Previsión Social de Comunicaciones. Igualmente se dejó a algunos otros organismos de la rama ejecutiva, como la Superintendencia Bancaria y la de Notariado y Registro, con sus propios fondos de cesantías; Pero todos los demás funcionarios de la rama ejecutiva y jurisdiccional sus cesantías quedarían en el Fondo Nacional del Ahorro. Para los funcionarios del Congreso, las cesantías eran depositadas en el Fondo del Congreso.

También en el año 1968, se estableció que anualmente se liquidarían las Cesantías de los funcionarios, y no al momento de terminar su relación laboral. No se aplicaría a los funcionarios de la rama jurisdiccional ni del Ministerio Público quienes continuarían con el régimen ordinario de la época, según el cual, las cesantías se iban depositando anualmente pero se liquidaban en el momento en que terminaba la relación laboral, por lo que la persona podía solicitar sus cesantías parcialmente, y eso era solamente un pago de cesantías porque luego, al terminar su relación con la administración le tenían que liquidar las cesantías por el último mes de salario trabajado antes del retiro del servicio. Pero para los demás empleados desde el año 1968 pertenecientes al Fondo Nacional del Ahorro, sus cesantías no se liquidaban por el último salario del momento de retiro, es decir, no se las re liquidaban por el último salario recibido antes del retiro servicio, sino que se liquidaban anualmente, por lo que no se necesitaba de re liquidación.

En el año 1993, con la expedición de la Ley 50 y la creación de los fondos privados de cesantías, al Funcionario Público se le da la posibilidad de escoger entre continuar en el Fondo Nacional del Ahorro, o trasladarse a un fondo privado de cesantías, cuyo régimen es el mismo del Fondo Nacional del Ahorro, es decir, que anualmente se va liquidando el monto de la cesantía y se va depositar en el mismo fondo de cesantías y lo liquidado, liquidado quedó, y no hay re liquidación por el último salario recibido antes del retiro del servicio. Se establece adicionalmente un interés anual que se paga sobre los fondos depositados en cada fondo de cesantías. También se eliminaron el Fondo de Comunicaciones, cuyos afiliados podían trasladar sus cuentas a los fondos privados, pero se mantuvo el régimen excepcional para los funcionarios de la rama Jurisdiccional y del Ministerios Público, si estos continuaban en el Fondo Nacional del Ahorro, de tal manera que ellos tenían derecho a la re liquidación de sus Cesantías con el último salario devengado anterior al retiro del servicio. En ese momento para los Funcionarios de régimen especial salió una disposición en la cual podían negociar un aumento salarial si renunciaban a esa retroactividad de las cesantías, pero

muchos funcionarios de la rama jurisdiccional no renunciaron a ella, y prefirieron mantener sus salarios.

Hoy en día, los funcionarios s tienen un régimen de cesantías igual al del sector privado, lo cual significa, un mes de salario por cada año calendario de servicio, o por mes completo de servicio proporcional si no se trabajó el año completo. Se liquida anualmente sin derecho a re liquidación, con el salario del año respectivo en que se esté liquidando. Si el salario fue variable, por el promedio de los 3 últimos meses. O de los 3 últimos meses de su liquidación, si se retira antes de la liquidación correspondiente.

Las Cesantías a las que el Funcionario Público tiene derecho, puede tenerlas en el Fondo Nacional Del Ahorro o en cualquier Fondo Privado de Cesantías. Hoy el Fondo nacional del Ahorro también administra las cesantías de cualquier trabajador particular. Las Cesantías de los Funcionarios s pueden ser retiradas de la misma forma que las de los particulares, para adquisición, o mejoramiento de vivienda y educación, para lo cual se estableció la posibilidad de retiros parciales.

11.1.2 Primas: Tenemos las siguientes

11.1.2.1 Prima de Navidad:

El funcionario tiene derecho a recibir un mes de salario por cada año calendario de servicio contado de enero a diciembre o por mes completo de servicio proporcional cuando no haya laborado el año completo. Se liquida con el salario promedio de los últimos tres meses cuadro ha sido variable, o por el último salario si este ha sido igual durante todo el año, y se paga en los 5 primeros días el mes de diciembre de cada año.

11.1.2.2 Prima de servicios:

El funcionario o empleado tiene derecho a recibir 15 días hábiles de remuneración por cada año calendario de servicio, contado de julio a julio del año siguiente o proporcionalmente por cada mes completo calendario de servicio cuando no se ha trabajado esos 12 meses completos, siempre y cuando se haya laborado un semestre completo general.

11.1.2.3 Prima de Vacaciones:

El funcionario junto con el goce del tiempo de vacaciones tiene derecho a recibir 15 días hábiles de salario. Es decir, la prima de vacaciones se causa simultáneamente con el derecho a gozar de las vacaciones, y solo da lugar al pago de la Prima de vacaciones si se tiene derecho a las vacaciones. En materia de funcionarios s no hay lugar a vacaciones si este no ha cumplido el año completo de servicios o por lo menos 11 meses de servicios. No es como el trabajador particular que si completa más de 6 meses de servicio tiene derechos a vacaciones proporcionales. Entonces, en el sector no hay vacaciones ni prima de

vacaciones proporcionales. En cambio, si se pueden acumular hasta dos años de vacaciones, por tanto la prima de vacaciones se acumulara también, de tal forma que se pueden compensar en dinero dos vacaciones. Sin embargo, si se deja transcurrir más de 3 periodos de vacaciones, y no se solicitan, se pierde la más antigua. Corre la misma suerte que las vacaciones.

11.1.2.4 Prima de Antigüedad:

En la rama ejecutiva han quedado pocos funcionarios con esta prima. Es una prestación social en la cual el funcionario tiene derecho a que su salario mensual se aumente en un porcentaje determinado, ya sea una cuarta o tercera parte, cuando cumpliera 5, 10, 15 o 20 años de servicio. Solo la pueden disfrutar aquellos funcionarios que se vincularon antes de 1978, ya que fue eliminada por el Decreto Ley 711 de 1978. Por eso, solamente los funcionarios más antiguos siguen recibiendo esa prima. El Gobierno Nacional, anualmente aumenta esa prima.

A partir de lo dispuesto en la Constitución Política de 1991, solo el legislador puede crear primas, y establecer el régimen de las mismas, según el establecido en el literal e del numeral 19 del artículo 150 constitucional. Es decir que en materia salarial y prestaciones existe reserva de ley. De la misma manera, el congreso a través de la Ley 4ª de 1992 indicó que para los Departamentos y Municipios, el Régimen de Prestaciones Sociales será el mismo de la Nación.

11.1.2.5. Prima Técnica. Existen tres modalidades:

11.1.2.5.1 En Razón del Cargo:

Se estableció que los altos cargos tuvieran una remuneración equivalente con los cargos directivos del sector Privado, para lo cual los viceministros, secretarios, Subdirectivas, Vice procuradores etc., tendrán derecho a recibir un porcentaje equivalente de su salario básico como prima técnica, que no constituiría salario ni se computaría para ningún efecto de prestaciones sociales, y es percibido únicamente en razón del cargo que desempeñan.

11.1.2.5.2 En Razón del Desempeño:

Está establecida como un mecanismo para retener profesionales de muy buen desempeño en la administración pública. Consiste en un porcentaje de la remuneración mensual a aquellos funcionarios que por su desempeño resultan indispensables y esenciales para la administración de acuerdo con la evaluación que sobre el cumplimiento de sus funciones se haya hecho. En realidad solo se aplica en los casos de escogencia de los mejores funcionarios de la entidad, desde que la entidad tenga presupuestalmente contemplado el porcentaje para pagar esa prima y solo se otorga durante el tiempo que el funcionario conserve su buen desempeño. Es la Prima menos utilizada, que no tiene en verdad una utilización práctica, porque las entidades no tienen capacidad para establecer

presupuestalmente sumas para esta prima y no hay posibilidad para presupuestarlas, y requiere una evaluación muy larga y dispendiosa a iniciativa exclusiva de la entidad.

11.1.2.5.3 En razón de la experiencia y estudios:

Está establecida solamente para los niveles profesional y técnico. Los funcionarios que adicionalmente a los requisitos del cargo tengan otros estudios como postgrados, o nivel de especialización, maestría o doctorado con título y tengan una diferencia de años adicionales a los requeridos como experiencia, pueden solicitar que se les otorgue una prima técnica. En ese caso, el funcionario tendrá derecho al pago de un porcentaje adicional del sueldo equivalente hasta a un 25% del mismo; ese porcentaje constituye un factor salarial para todos los efectos. Las entidades Públicas solo pueden conceder primas técnicas en un monto que no exceda el 7% del valor de la nómina anual de la entidad, siempre y cuando se encuentre autorizado, aprobado e incluido en su presupuesto, y cuando se vaya a aprobar, exista disponibilidad presupuestal, lo que a la postre ha impedido que opere.

11.2 Las Bonificaciones

La bonificación por servicios prestados, reemplazó la Prima de Antigüedad. Por cada año cumplido de servicio completo, el funcionario tiene derecho a recibir por una sola vez, una bonificación equivalente al 25% del valor del salario. Esa bonificación no constituye factor salarial, ni prestaciones.

11.3 Auxilios

11.3.1 De transporte:

El Funcionario tiene derecho a recibir el auxilio de transporte en los mismos términos que los particulares.

Este pago tiene la naturaleza de un auxilio económico con destinación específica y por mandato de la Ley 1 de 1963 se debe incorporar al salario única y exclusivamente para efectos de liquidación de prestaciones sociales. Por disposición expresa de la Ley 100 de 1993, y de la Ley 344 de 1966 el valor del auxilio de transporte no se incluye en la base salarial para liquidar los aportes al sistema de seguridad social. La obligación económica se sustituye por una en especie, cuando el empleador contrata el transporte de sus trabajadores de sus domicilios a la sede de labores con los respectivos viajes de ida y regreso⁸⁷.

Los empleados beneficiarios con éste auxilio son los que devenguen hasta dos veces el salario mínimo legal.

⁸⁷ Cartilla Laboral Legis 2007, Editorial Legis, página 114.

El auxilio de transporte como tiene por finalidad ayudar económicamente al trabajador para su desplazamiento al sitio de trabajo, no se paga durante el tiempo de las incapacidades ni durante el disfrute de vacaciones. Tampoco se paga cuando las circunstancias de prestación del servicio no demandan gastos de movilización, como cuando el trabajador reside en el mismo sitio de trabajo, o cuando el traslado a éste no le implica ningún costo ni mayor esfuerzo⁸⁸.

11.3.2 Auxilio de alimentación:

Cuando recibe un salario menor a 4 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Fijado anualmente por el Presidente de la República, que corresponde a una suma fija mensual.

11.3.3 Auxilio Funerario:

Es una suma determinada que reciben los familiares para los gastos de funeraria y sepelio cuando el funcionario fallece.

11.4 Prestaciones de naturaleza Medico Asistencial:

Son responsabilidad de la E.P.S. o de la A.R.S. a que se encuentre afiliado el Funcionario Público. Y hacen referencia fundamentalmente al recibo de salud, medicamentos, atención por accidentes de trabajo, hospitalizaciones, el pago de las licencias por enfermedad.

12. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

¿Cómo se determina el régimen disciplinario?

El Funcionario en ejercicio de sus funciones y en relación con sus actuaciones, es responsable penalmente, civilmente, patrimonialmente, fiscalmente, y disciplinariamente.

El Funcionario Publico incurre en Responsabilidad Penal, cuando con ocasión del ejercicio de sus funciones, desarrolla una actividad dolosa o culposa, que se encuentre tipificada como delito.

El Funcionario Público, es responsable fiscalmente cuando como consecuencia de su actuación, del ejercicio, del cumplimiento de sus funciones, o en el ejercicio de su cargo produce un detrimento patrimonial al Estado, por la pérdida o mal manejo de los dineros, presupuesto.

⁸⁸ Cartilla Laboral Legis 2007, Editorial Legis, página 114.

El Funcionario Público deberá responder con su patrimonio, es civilmente responsable, cuando en relación con su actuación, le causa un daño patrimonial a un particular y la administración tienen que responder por ese daño patrimonial.

Si hay una Responsabilidad Penal, el Funcionario Público responde en el proceso Penal; si hay un acto que constituye responsabilidad fiscal, el funcionario Público será sometido a un juicio de responsabilidad Fiscal; si el funcionario es responsable por el incumplimiento de sus funciones, deberes, obligaciones, la responsabilidad será de naturaleza disciplinaria, determinada a través de un proceso disciplinario.

Ahora, una misma conducta del funcionario, puede ocasionarle responsabilidad penal, fiscal, patrimonial y disciplinaria.

Ahora bien, el hecho de que el funcionario sea exonerado por cualquiera de esas responsabilidades, no quiere decir que deba ser exonerado de las demás. Puede suceder que el hecho no constituya delito, pero si sea causal de responsabilidad fiscal; o puede que no configure responsabilidad fiscal, pero si disciplinaria, etc. Es decir, una misma conducta puede generar todas las responsabilidades, o generar algunas o una, dependiendo de las características de la actuación que el funcionario haya tenido. Cada responsabilidad tiene sus propias características así:

Para que haya responsabilidad fiscal tuvo que haber existido un detrimento patrimonial para el Estado.

Para la responsabilidad civil, se mira que haya habido un daño patrimonial a un particular. No se demanda al funcionario sino al Estado, y el Estado puede repetir o llamar en Garantía al Funcionario según lo considere conveniente.

¿A qué se refiere la responsabilidad disciplinaria?

La Responsabilidad Disciplinaria se generará por el incumplimiento de las obligaciones, deberes, y funciones del Funcionario Público.

Hechas esas precisiones entraremos a analizar brevemente el tema del régimen Disciplinario.

12.1 LA POTESTAD DISCIPLINARIA

La potestad disciplinaria, es el poder que tiene el Estado de vigilar la conducta pública de sus propios servidores, y de sancionarlo cuando han incumplido sus funciones, deberes obligaciones y responsabilidades.

Se ha discutido si el régimen disciplinario, el derecho disciplinario, es penal o es. La primera tesis dice que es penal porque el funcionario con su conducta violenta un bien jurídicamente tutelado, esto es, la administración pública.

Quienes dicen que es eminentemente , señalan que lo fundamental es la potestad unilateral, exorbitante, general del Estado para sancionar a sus servidores, de vigilar su conducta oficial, de velar porque cumplan con sus funciones, responsabilidades, obligaciones y deberes, resultando como un poder eminentemente publico regulado por el derecho administrativo.

En nuestra opinión, se trata de un derecho mixto, de un lado administrativo porque el régimen disciplinario contempla la potestad del Estado de velar por el cumplimiento de sus fines, pero de otro lado de carácter penal, al mirarse la conducta del servidor como contraria y violatoria de un bien jurídico tutelado, tipificada como falta disciplinaria en un estatuto legal de manera previa e impersonal.

El Derecho Disciplinario mira la actuación del servidor como una conducta típica, antijurídica, y culpable⁸⁹, frente a sus obligaciones, funciones y deberes como agente del Estado.

En Colombia, el legislador, hasta 1995, había considerado el régimen disciplinario como un régimen eminentemente administrativo. A partir de 1995, tanto la Ley 200 de 1995 como de la 734 de 2000, lo entienden como una tendencia orientada fundamentalmente hacia el derecho penal.

12.2 Características del régimen disciplinario actual:

12.2.1 Universal

En cuanto cobija a la totalidad de los servidores s. Aunque los funcionarios de la rama judicial han quedado por fuera de él. Sin embargo la tesis mayoritaria es que si la rama judicial internamente no investiga disciplinariamente a un

⁸⁹ En derecho penal , estos son los tres elementos que deben estar presentes para determinar la responsabilidad penal de todas las personas que cometen determinado delito. Tipicidad antijuricidad y culpabilidad. La tipicidad se refiere a que la persona haya cometido una conducta vista por el ordenamiento jurídico como delito, exigiéndose que la persona haya tenido la voluntad y el conocimiento de hacerlo (dolo), o que no queriendo cometerlo actuó negligentemente o con culpa desembocando en la producción del conducta punible. Antijuricidad se refiere a que la conducta va en contra del ordenamiento jurídico preestablecido (antijuricidad formal) y además que violó o puso en peligro un bien jurídico protegido (antijuricidad material) . y la culpabilidad se refiere a que la persona actuó con conocimiento de antijuricidad, que además es sujeto del derecho penal (imputable), que se le hubiera podido haber exigido otra conducta (exigibilidad de otra conducta), y que además la pena sea necesaria imponerla para lograr el fin de la pena (necesidad de la pena). Cuando una persona adulta asesina de manera intencional a otra, esta ejecutando el tipo penal o la conducta descrita como homicidio; la cometió sabiendo y queriendo producir un daño; sabía que su actuar está en contra del ordenamiento jurídico el cual protege la vida legal y constitucionalmente violando el bien jurídico de la vida; sabía de la antijuricidad de su conducta, al ser adulto resulta en principio destinatario de la Ley penal, se le podía exigir la conducta de no matar deliberadamente, y resulta necesaria la pena con el fin de resocializarlo y prevenir a la comunidad de cometer conductas de estas.

funcionario por hechos que pueden constituir falta disciplinaria, lo puede hacer la Procuraduría con fundamento en el Código Único Disciplinario.

12.2.2 Único

En cuanto a que solo hay un estatuto de faltas y sanciones, al igual que de procedimiento disciplinario. El estatuto es aplicable, no solo a los empleados y funcionarios de todas las ramas del poder sino también a todos los trabajadores del Estado. Antes, existía la dificultad de disciplinar a los Trabajadores del Estado porque no se sabía cuál era su régimen aplicable. Hoy, lo que se dice es que será por violación a lo establecido en el reglamento y el contrato de trabajo; También el estatuto único es aplicable a los miembros de las corporaciones públicas, así por ejemplo, a los congresistas por violación al reglamento del congreso, Ley 5ª de 1992. También está establecido para los particulares que transitoriamente desempeñen funciones públicas.

12.2.3 Penal

Por las siguientes razones y características:

Establece un régimen de tipicidad, anti juridicidad y culpabilidad

Consagró causales exonerantes de culpabilidad y de responsabilidad. En tal sentido, el funcionario que haya actuado como consecuencia de la fuerza o la coacción externa, o en cumplimiento de un deber legal, o por error insalvable de culpabilidad, se exonera de responsabilidad disciplinaria.

Estableció un régimen de Graduación punitiva de las sanciones, dividiéndolas en Faltas Gravísimas, Graves y Leves. Además instaurando causales de atenuación y agravación de la Sanción, similar al método seguido en el sistema del Código penal.

12.2.3.1 Se establece un procedimiento disciplinario similar al proceso penal, en su estructura, conformación, y trámites.

12.2.3.2 Se encuentran las fuentes del derecho disciplinario y las normas de aplicación subsidiaria cuando existan vacíos en la normatividad disciplinaria de la siguiente forma: Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil.

12.2.4 Establece un régimen de competencia prevalente y excluyente de la Procuraduría General de la Nación.

Prevalente en cuanto a que la Procuraduría General de la Nación es quien determina quien adelanta la actuación disciplinaria. Excluyente en el sentido que

cuando la Procuraduría asume la actuación disciplinaria, excluye la posibilidad de que cualquier otra entidad u órgano de control asuma o continúe la investigación.

12.2.5 Los actos que imponen las sanciones disciplinarias son actos administrativos

Por lo tanto, esos actos administrativos son sujetos de control jurisdiccional por vía de la Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

12.3 RÉGIMEN DE FALTAS Y SANCIONES

De conformidad con las leyes 200 y 734 la falta disciplinaria no es otra cosa que el incumplimiento por parte del funcionario público a sus deberes, obligaciones, responsabilidades y funciones establecidas en las Leyes, estatutos orgánicos de cada rama del poder y de las distintas entidades estatales, los manuales genéricos y específicos de funciones, los reglamentos internos y contratos de trabajo.

Posteriormente el estatuto clasifica las faltas en:

12.3.1 Faltas Leves.

Como por ejemplo, no tener buen comportamiento con los compañeros de trabajo. Su respectiva sanción es la amonestación con anotación en la hoja de vida del funcionario. Por regla general la impone su superior jerárquico. Las faltas leves, que solamente dan lugar a amonestación, pueden ser investigadas y sancionadas mediante un proceso disciplinario sumario, en el cual se llama a descargos al funcionario, y después de esto se le exonera o se le sanciona.

12.3.2 Faltas Graves.

Verbigracia Celebrar contratos con personas inhabilitadas y retardar el cumplimiento de algunas de sus funciones. Las posibles sanciones pueden ser la imposición de multa y suspensión en el cargo. Es impuesta por el director o jefe del organismo.

12.3.3 Faltas Gravísimas.

Por ejemplo, apropiarse de los bienes o dineros s y tomar posesión de un cargo, estando inhabilitado para ello. La sanción es la destitución. La impone el nominador.

Las Faltas Graves, y las Gravísimas, solamente pueden imponerse después de que se haya adelantado todo el Procedimiento Disciplinario.

Las Sanciones deberán imponerse mediante Resolución Motivada.

12.4 ETAPAS DEL PROCESO⁹⁰ DISCIPLINARIO

Como habíamos indicado, el procedimiento Disciplinario tiene una estructura, unos trámites, y una organización similares al Proceso Penal. Tiene una etapa de investigación previa, otra de investigación formal, y una de juicio.

12.4.1 Etapa Previa o de Indagación Preliminar:

Esta etapa es optativa, puede darse o no darse. Formulada la queja, se ordenará la indagación preliminar para verificar en si en verdad los hechos existen y constituyen falta, individualizándose a los presuntos implicados.

Si la inicia la Procuraduría deberá dar aviso o información a la entidad donde se encuentre vinculado el funcionario a fin de que ésta se abstenga de iniciar investigación. Si la inicia la propia entidad en la que trabaja el funcionario, ésta dará aviso a la Procuraduría a fin de que informe si ya ha iniciado la investigación o si desea realizarla en virtud del poder excluyente para investigar que tiene la Procuraduría General de la Nación. Si ésta no dice nada, continuará realizando la investigación la entidad correspondiente a través de su dependencia de control interno disciplinario.

Esa etapa de indagación preliminar concluye con un informe evaluativo, donde se confirmará la existencia de los hechos y los presuntos responsables prosiguiendo el procedimiento disciplinario con la etapa de investigación formal; de lo contrario, el expediente se archivará provisionalmente hasta por 5 años para que si en cualquier momento se confirman estos presupuestos, se pueda seguir llevando a cabo la investigación.

12.4.2 Etapa de Investigación:

Esta etapa inicia con la comunicación a los presuntos implicados que contra ellos se ha iniciado proceso disciplinario. En esta etapa se practicarán todas las pruebas, para confirmar los hechos, las faltas disciplinarias y verificar la responsabilidad de los presuntos implicados.

Esta etapa concluye también con un informe evaluativo, el cual señalará si existieron ó no los hechos, la falta disciplinaria, y si los presuntos implicados son autores o no de dicha falta. Si el informe concluye negativamente, se procederá al archivo definitivo de la investigación el cual hace transito a cosa juzgada⁹¹. Si el

⁹⁰ Las palabras proceso y procedimiento son usadas indistintamente por la doctrina del derecho procesal. Sin el concepto de proceso se refiere a un concepto abstracto que abarca cualquiera forma de sucesión de actos, mientras que procedimiento se entiende la forma como están ordenados esa sucesión de actos de manera lógica para buscar un fin específico.

⁹¹ Cosa juzgada significa que no se puede volver a investigar ni juzgar por los mismos hechos o situaciones, frente a las cuales ya se ha pronunciado el juzgador en un proceso anterior debidamente finalizado o

informe Evaluativo concluye que si hubo falta disciplinaria, se proferirá pliego de cargos, y se pasa a la siguiente etapa, la de juicio.

12.4.3 Etapa de Juicio:

Es la fase final del procedimiento disciplinario, y dará lugar a la conclusión del proceso. Allí, con sustento en las pruebas obrantes en el proceso, se tomará la decisión final a cerca de la responsabilidad del funcionario sobre las faltas que se le atribuyen, en concordancia con lo formulado en el pliego de cargos.

El Funcionario tendrá 8 días para contestar el mencionado pliego de cargos, y deberá pedir las pruebas que pretenda hacer valer para exonerarse de su responsabilidad. Posteriormente se decretarán esas pruebas y se practicarán. Luego, se correrá traslado para presentar alegatos de conclusión; y finalmente, el funcionario que lleva el Juicio producirá la decisión, que puede ser de imposición de una Sanción Disciplinaria, o de exoneración de responsabilidad disciplinaria.

Después de la Decisión Disciplinaria, las partes del proceso tendrán derecho a presentar los recursos de la vía gubernativa, ya que esa decisión es un acto administrativo, y después de agotada, si así lo quiere una de las partes, o la dos, se procederá a presentarla ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para su correspondiente análisis de legalidad.

13. CAUSALES DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA

Estamos haciendo referencia a las causales de retiro de los funcionarios o empleados s.

13.1 SUPRESIÓN DEL CARGO

Cuando se produce una reestructuración administrativa, una modificación de la planta de personal, una fusión de una entidad con otra, liquidación de una entidad, y como consecuencia de esto, el cargo del funcionario desaparece de la planta de personal, éste cesa automáticamente sus funciones y sale del servicio, produciéndose su retiro de la administración como consecuencia de la supresión de su cargo.

Es decir, la supresión del cargo es la desaparición de éste de la planta de personal de una entidad. Cuando el cargo deja de aparecer dentro de la planta de personal de una entidad, significa que ha sido suprimido. Como consecuencia de esa supresión de cargo, el funcionario que lo desempeñaba sale de los cuadros de la administración, cesando automáticamente sus funciones.

ejecutoriado. Es decir, no se puede volver a abrir un proceso nuevo cuando tenga los mismos hechos y causas imputados al mismo funcionario.

Toda reestructuración debe estar basada y motivada por un estudio técnico que concluya que se hace necesaria dicha reestructuración. Ese estudio técnico debe ser realizado teniendo en cuenta la metodología que para el efecto ha establecido el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Los rasgos fundamentales de esa metodología son:

13.1.1 Un estudio de las cargas de trabajo de cada funcionario, estableciendo tiempos y resultados de las diferentes funciones que tiene cada uno, con lo cual se puede hacer una idea acerca de la repetición innecesaria de funciones entre dos funcionarios, que puede llevar a que uno de los cargos sean suprimidos.

13.1.2 Establecer las funciones básicas de la entidad, y con cuantos funcionarios se pueden estas adelantar.

13.1.3 Hacer un estudio presupuestal acerca de la viabilidad financiera de la planta de personal actual y de la que se va a crear.

13.1.4 Estructurar un manual de funciones y requisitos para cada uno de los cargos.

13.1.5 Establecer cuál es la calificación del personal que va a trabajar en la entidad.

Ahora bien, puede ser que el hecho de que se elimine el cargo de la planta de personal, implique también la creación de un nuevo cargo en esa planta personal y que el funcionario que desempeñaba el cargo suprimido sea reubicado en ese nuevo cargo, en cuyo caso deberá tomar posesión del nuevo cargo. Como se observa, se da una desvinculación del cargo anterior y una vinculación al nuevo cargo por la reubicación realizada. Pero de todas formas hay, (por lo menos momentáneamente) una salida de los cuadros de la administración de parte del funcionario, así esa salida no se considere con efectos de solución de continuidad.

Entonces, ¿qué es la supresión del cargo? Es la eliminación del cargo de la planta de personal, por reestructuración, por fusión de entidades, etc., que implican la salida del funcionario de los cuadros de la administración.
--

Si no hay reubicación, el funcionario sale definitivamente de los cuadros de la administración.

13.2 Consecuencias de la Supresión del empleo:

Cuando se produce la supresión del cargo, las consecuencias de la supresión son distintas si se trata de un funcionario de carrera o si se trata en funcionario de libre nombramiento y remoción.

13.2.1 Funcionario de libre nombramiento y remoción

La supresión del cargo produce su automática salida de la administración, sin que éste tenga derecho ni a una reubicación ni a una indemnización, por su retiro de la administración. Tiene derecho a los salarios y las prestaciones sociales respectivas pero no a una reubicación ni a indemnización productora de retiro por la supresión del cargo.

13.2.2 Funcionario de carrera administrativa

En razón al derecho a la estabilidad que tiene el funcionario de carrera administrativa, la ley le ofrece la escogencia de dos opciones cuando su cargo ha sido suprimido:

Derecho a ser indemnizado, en cuyo caso se le pagará una indemnización de acuerdo con el salario que venía desempeñando y con el tiempo de servicio que tenía en la administración. Tiene un tratamiento parecido a las condiciones de la indemnización por despido injusto que existen en materia laboral.

El derecho a ser reubicado en otro cargo dentro de los 6 meses siguientes a la supresión del suyo, cuando se produzca una vacante en cualquier cargo de carrera de igual o similar al que venía desempeñando antes de la supresión, con iguales o similares requisitos, con una igual o similar remuneración. Para el efecto, el funcionario que ha optado por esta opción debe comunicarla al Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por eso decimos que las condiciones son muy diferentes a las de un funcionario de libre nombramiento y remoción, ya que debe respetársele el derecho a la estabilidad.

Ahora bien, si en 6 meses no es reubicado, se le pagará la indemnización correspondiente, sin embargo, durante esos 6 meses no recibe ninguna remuneración.

La reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que cuando el funcionario realiza todas las gestiones para ser reubicado en otro cargo de carrera administrativa, y demuestra que la administración tenía cargos vacantes de igual naturaleza con similares características a su cargo suprimido, pero no fue reubicado, la administración estará obligada a reubicarlo y no a pagarle la indemnización. Por eso se dice que la administración tiene la obligación de reubicar al funcionario de carrera cuando exista un cargo vacante disponible, y

éste haya adelantado todas las gestiones posibles para que lo reubiquen en ese cargo.

Existen además otros criterios que se deben respetar al momento de hacer reestructuraciones administrativas que impliquen supresiones de cargos. Estos son los del llamado retén social, que implica que no se pueden suprimir los cargos de las madres solteras cabeza de familia mientras las mismas están vinculadas a la administración y estén desempeñando correctamente sus funciones sin haber cometido faltas disciplinarias. Las personas discapacitadas físicamente, y los denominados pre pensionados, esto es, las personas que tienen una expectativa cierta y cercana a adquirir el estatuto de pensionado.

Ahora bien, se debe hacer un estudio técnico para poder establecer cuáles son los cargos que se deben suprimir. Ese estudio debe ser hecho por una firma de profesionales o por la ESAP, y debe tener concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública. A su vez, el estudio técnico es la motivación de todos los actos administrativos posteriores que creen en el mundo jurídico de la reestructuración administrativa. Así a través de acto administrativo se establecerá la planta global de la administración, la cual dirá la denominación de los nuevos empleos el código, grado y número de ellos que estarán en la nueva estructura de la administración. Ese acto es de carácter general, pero si no aparece la denominación del empleo que el funcionario antes tenía será un acto de carácter particular porque estaría diciendo que el cargo específico que antes el desempeñaba no existe en la nueva planta de personal, por ejemplo si el empleo que desempeñaba era el de jefe de oficina asesora y en la nueva planta no aparece esa denominación. Si permanece la denominación pero el número de esos empleos disminuye, es decir antes eran 10 asesores pero en la nueva planta aparecen 8, el acto seguirá siendo de naturaleza general, ya que no se sabe si los empleos suprimidos está el que el desempeñaba.

Luego viene el acto administrativo por el cual se incorpora a la planta de personal determinados empleados a los empleos de la planta de personal. Ahí aparece el nombre del cargo, el código, grado y el nombre y cédula del funcionario incorporado. Si en ese decreto no aparece el nombre de la persona ese acto tendrá el carácter de particular porque estaría afectando la situación jurídica particular del funcionario no incorporado.

Acto seguido procede la comunicación que la administración hace al funcionario acerca de la supresión del cargo por el ejercido. En esa comunicación, se le dará a escoger al funcionario de carrera si opta por la indemnización, o por la reubicación en otro cargo de la planta de personal con similares características a las del que desempeñaba. Esa elección la debe hacer el funcionario en 5 días hábiles. Si guarda silencio, la administración entenderá que optó por la indemnización. Al ser dirigido por la administración ese acto al funcionario se configura en un acto de trámite, pero que al estar poniendo fin a una situación jurídica especial se configuraría como un acto administrativo de fondo, de carácter

particular, susceptible de recursos y de demanda por acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

13.3 La renuncia voluntaria regularmente aceptada.

La renuncia es la manifestación escrita, expresa, inequívoca y voluntaria del funcionario de su deseo de desvincularse de la administración. Para que la renuncia sea válida, y produzca sus efectos, o sea, el retiro del funcionario de la administración, la renuncia tiene que cumplir dos requisitos:

13.3.1 La renuncia debe ser voluntaria

Significa que corresponde solo al fuero íntimo del funcionario, a su deseo de retirarse de la administración, libre de cualquier coacción, libre de cualquier influencia externa que vicie su voluntad. Por lo tanto, para que la renuncia sea considerada como voluntaria, debe reunirse a su vez los siguientes requisitos:

13.3.1.1 Debe ser escrita. Esta puede no ser motivada.

13.3.1.2 Debe ser libre y espontánea.

13.3.1.3 Debe contener la expresión inequívoca del deseo íntimo de retirarse de la administración.

Con base en lo anterior, para asegurar el requerimiento que las renunciaciones sean voluntarias, están prohibidas las renunciaciones:

13.3.2 Protocolarias: Son aquellas renunciaciones que de manera anticipada y genérica deja el funcionario a disposición del nominador para que tome una decisión. Por ejemplo: “dejó en sus manos la continuidad de mi cargo” eso es una renuncia protocolar, “Usted verá que hace conmigo”.

13.3.3 Provocadas o presionadas: Son las que se producen en razón de presiones o maniobras para lograr que el funcionario presente su solicitud de retirarse del cargo. Por ejemplo todos los días lo tratan despectivamente o descalifican su trabajo de forma humillante. Tiene que ser un conjunto de situaciones que impliquen que se está presionando al funcionario a presentar su renuncia. Tiene que ser un conjunto de situaciones anómalas o irregulares. Hoy existe la Ley de acoso laboral⁹², aplicable tanto para funcionarios s como privados, la cual permite que el trabajador tenga un apoyo legal para alegar esas situaciones que tienden a provocar su renuncia

13.3.4 Solicitadas o pedidas: Es en la que por ejemplo un nuevo nominador llega y le dice al funcionario: “renuncie ¿o prefiere que lo declare insubsistente?” y el funcionario presente la carta de renuncia.

⁹² Ley 1010 de 2006

Ahora bien, existe una excepción en donde ese tipo de renunciaciones resultan procedentes.

Por ejemplo para los agentes directos del Presidente de la República. La renuncia provocada es válida cuando por ejemplo, el Presidente le da a entender que su presencia en el gabinete incomoda a la bancada del gobierno en el Congreso, por lo que al Ministro no le quedará más remedio que renunciar. La renuncia protocolaria también es permitida, por ejemplo cuando uno de los Directores de Departamento Administrativo presenta renuncia diciéndole al Presidente que dejan a su disposición la continuidad de su ejercicio en el cargo, quedando facultado el Presidente para hacer lo más conveniente.

La Constitución señala quiénes son agentes directos del presidente de la república, y son los Ministros del despacho, los Directores de Departamento Administrativo, los Directores de Establecimientos, los Directores de Empresas Industriales y Comerciales del Estado y los Embajadores. Para ellos las renunciaciones provocadas y protocolarias son válidas.

13.4 Renuncia sea regularmente aceptada.

Consiste en que la renuncia debe ser aceptada por la administración en un término máximo de 30 días hábiles. Si transcurren los 30 días hábiles y la administración no ha aceptado la renuncia aún, el funcionario tiene una de 2 posibilidades:

Se va inmediatamente de su cargo en cuyo caso no incurre en abandono del cargo.

O permanece en él, en cuyo caso se entiende que ha retirado su renuncia y la misma debe ser presentada nuevamente para que la administración la acepte, dentro del término de los 30 días hábiles siguientes.

Es decir que la renuncia regularmente aceptada es la que ha sido aceptada por la administración dentro de los 30 días siguientes en que fue presentada.

La otra causal de determinación de la relación de función pública es:

13.5 Destitución

Es la desvinculación del funcionario de la administración pública como consecuencia de una sanción disciplinaria al haber cometido una falta de las denominadas gravísimas. La destitución impone el nominador, quien es el que la hace efectiva.

La destitución lleva como consecuencia, además, una serie de sanciones accesorias como son la inhabilidad para ejercer cargos s y la prohibición de celebrar contratos con la administración

La destitución sólo podrá imponerse previa realización del proceso disciplinario, en la cual sea ya encontrado el funcionario responsable de la comisión de una falta gravísima.

13.6 Declaratoria de insubsistencia

Es una potestad administrativa de desvincular a los funcionarios s del servicio, de manera discrecional, en el caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, y reglada en el caso de los funcionarios de carrera.

13.6.1 De funcionarios de libre nombramiento y remoción

La potestad de desvincular del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción es en razón de la oportunidad y conveniencia de retiro que tiene el nominador para decidir en ese sentido, y por consiguiente no tiene por qué motivar el acto de declaratoria de insubsistencia. Él, libremente determina cuando ese momento oportuno o cuál es la mejor razón de conveniencia para retirar a alguien de la administración cuando se trata de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

Se entiende que es una razón de buen servicio de aquellos lleva a retirar del servicio al funcionario de libre nombramiento y remoción. No se requiere ninguna motivación, ni ninguna formalidad o trámites para la declaratoria de insubsistencia del funcionario de libre nombramiento y remoción, basta con que se exprese la voluntad de la administración.

Simplemente puede decir: "Declarase insubsistente a Pedro Pérez". Inclusive, nombrándose a alguien en reemplazo del funcionario de libre nombramiento y remoción ya se entiende que ha sido declarado insubsistente. Verbigracia: "Nómbrese a Juana López en reemplazo de Pedro Pérez en el cargo de viceministro", lo cual implica, tanto un nuevo nombramiento como una la declaratoria de insubsistencia en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Esa potestad discrecional, le da una gran capacidad al nominador, una gran amplitud de criterio al nominador, ya que es él quien determina las razones de conveniencia o las razones de oportunidad para retirar el funcionario. Pero no puede ser entendida como una potestad arbitraria, ni puede ejercerse por motivos distintos a las fines del Estado, y de mejora o necesidad del servicio.

Si se ejerce por motivos de índole personal, como por ejemplo, con el único fin de tener cerca a la compañera sentimental del nominador sin que interese sus capacidades o competencias para el mejoramiento del servicio, o para favorecer a terceros por pago de favores políticos, o en provecho propio, o porque simplemente le cae mal, el acto de declaratoria de insubsistencia estará viciado de nulidad por desvío de poder.

Ahora bien, no hay nada más difícil de probar que un desvío de poder en estos casos, ya que no se encuentran documentos ni otras pruebas que permitan desvirtuar la presunción de buena fe que tuvo el nominador al declarar la insubsistencia de un funcionario para vincular a otra persona. La única forma es a través de pruebas indiciarias a través de testigos, fotografías etc., es decir, con un conjunto de pruebas que lleven al convencimiento al juez de que la finalidad que perseguía el nominador no era el buen servicio si no la satisfacción de un interés propio o a favor de un tercero. Por eso la mayoría de los juicios de declaratoria de nulidad y restablecimiento del derecho de un acto de declaratoria de insubsistencia resultan fallados a favor de la administración.

Otro elemento fundamental: es que las razones del buen servicio son las que el funcionario considere como realmente buen servicio, siempre cuando no sean veladas de provecho personal o en provecho tercero.

Como el acto no tiene que ser motivado, esa razón puede ser cualquiera.

Si el acto se motiva, las razones de buen servicio serán las consignadas en el acto, quedando la administración sujeta a las razones expuestas de buen servicio, de tal manera que si se demuestra que esas razones no existían, el acto será nulo, ya no por desvío de poder, sino por falsa motivación. La administración puede declarar insubsistente a un funcionario argumentando expresamente que ha realizado actos que pueden constituir falta disciplinaria. En ese caso, luego de declarado insubsistente, deberá adelantarse el proceso disciplinario para imponerle la sanción correspondiente al funcionario. Esto implica que si, como resultado de ese proceso no se impone sanción de destitución, la previa declaratoria de insubsistencia habrá sido falsamente motiva, al no haber realizando conductas prohibidas que constituyeran causal de falta disciplinaria. Si la falta es sancionable con una multa, amonestación o suspensión, tampoco habrá sido válida la declaratoria de insubsistencia, ya que no se trató entonces de una falta disciplinaria gravísima cuya sanción configurara la destitución.

13.6.2 Frente al funcionario de carrera

También existe la declaratoria de insubsistencia como potestad administrativa de retirar a un funcionario de carrera de la administración. Pero esta potestad es de carácter reglado, es decir, el funcionario de carrera sólo puede ser retirado del servicio por las causales establecidas en la Ley, siguiendo el procedimiento señalado también en la Ley.

La causal en este caso, del funcionario de carrera para ser declarado insubsistente, es únicamente el mal desempeño o las malas calificaciones en las evaluaciones de desempeño. El bajo rendimiento. No las faltas disciplinarias, porque si comete una se le adelanta un proceso y se le destituye.

El acto de declaratoria insubsistencia del funcionario de carrera debe ser motivado obligatoriamente, consignándose las razones de esa declaratoria, que no son otras que el bajo desempeño y las malas calificaciones. Por tanto, debe señalarse en el acto cuáles fueron los exámenes practicados y sus resultados, y que como consecuencia de ello el funcionario fue declarado insubsistente, desvinculándose de la administración y perdiendo los derechos de carrera administrativa.

Ahora bien, la declaratoria insubsistencia no es una sanción disciplinaria, ni para el funcionario de carrera ni para el de libre nombramiento y remoción. No produce ninguna inhabilidad. Si los declaran insubsistentes, mañana puede estar en un cargo administrativo en otra entidad.

13.7 Abandono del cargo

Se presenta cuando el funcionario deja de asistir sin causa justificada por más de tres días a su lugar de trabajo, o cuando no se reintegra injustificadamente a su cargo después de más de tres días luego de cualquiera de las situaciones administrativas que implican la separación transitoria del cargo o que implican separación transitoria de lugar de trabajo. Por ejemplo, han pasado más de tres días luego de vacaciones y el funcionario no se reintegra a seguir prestando sus servicios a la administración. O han pasado más de tres días luego de que terminó la licencia de maternidad y el funcionario no se reintegra al lugar de trabajo sin causa justificada.

El abandono del cargo, es un hecho que se declara por la administración previa solicitud de explicaciones al funcionario respectivo.

Si el funcionario no justifica debidamente su ausencia por más de los tres días se le declara el abandono del cargo.

Si el funcionario dice que estaba enfermo tiene que llevar la incapacidad correspondiente. Si dice que se murió un familiar, tiene que llevar el certificado de defunción correspondiente. En cada caso tendrá que demostrar cuál es la situación que le impidió ir al lugar de trabajo.

El hecho de la abandono del cargo constituye, al mismo tiempo, una causal **de falta disciplinaria gravísima**, sancionada con destitución. Por lo tanto, después de declarado el abandono del cargo la administración debe adelantar el correspondiente proceso disciplinario contra el funcionario por la comisión de esta

falta, que puede concluir con la imposición de la sanción disciplinaria de destitución.

13.8 Retiro con derecho a pensión.

El retiro con derecho a pensión, se produce cuando el funcionario ha sido incluido en las nóminas de la entidad como pensionada, y como consecuencia de ello es relevado del servicio. Ahora, el funcionario que teniendo derecho a pensión, no solicitó la misma dentro de los 6 meses siguientes a la adquisición del estatus de pensionado, puede ser retirado de los cuadros de la administración así la pensión aún no haya sido reconocida, ni se le haya incluido en la nómina correspondiente.

Ahora, si la persona demuestra a la administración que solicitó su pensión y se le incluyera en la nómina, no puede ser retirado mientras no se le reconozca la pensión y se le incluya en la nómina. Todo esto si la persona lo solicitó dentro de los 6 meses siguientes; si la persona dejó pasar el tiempo y no la solicitó, en este caso, puede ser retirado libremente por la administración.

En el caso de los funcionarios s, existen tres grandes modalidades de pensión:

13.8.1 Pensión de jubilación

Para los funcionarios s, que para el 1 de abril de 1994 tenían 40 años o más para los varones, y 35 años o más para las mujeres, o acreditaba más de 15 años de cotización a un sistema pensionar, seguirían disfrutando del régimen especial anterior que los cobijaba. Fue lo que se denominó régimen de transición. Si no se cumplían esos requisitos para esa fecha, la pensión de jubilación de los funcionarios s sería igual a la de los trabajadores del sector privado, es decir, la Ley 100 de 1993 se configuraría como el régimen general de todos los trabajadores sin importar el sector donde laboraran.

Entonces, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los funcionarios que no cumplieran los requisitos de la transición o se vincularan a la administración después del 1 de abril de 1993, o sea el número mínimo de semanas cotizadas, los requisitos para adquirir esta pensión serían cumplir 55 años para las mujeres y 60 los hombres que los cumplan hasta antes el 2014. En virtud de la modificación que hace la Ley 797 de 2003, el requisito de edad de los hombres será de 62 años y 57 las mujeres, o haber cotizado un mínimo de 1000 semanas, y los cumplieren después del año 2014. Con la reforma de la Ley 797 de 2003 se estableció que a partir del 1 de enero de 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

13.8.2 Pensión de invalidez

Es cuando el funcionario se encuentra incapacitado en forma continua por un periodo superior a 6 meses. De acuerdo con el grado de incapacidad se le concederá la pensión, que en todo caso no podrá ser superior al 75% del último salario percibido.

La pensión de invalidez será determinada por el grado de incapacidad que debe ser del 50% y el número de semanas cotizadas, las cuales deben ser mínimo 50 en los tres anteriores al estado de invalidez. Si el funcionario se recupera normalmente, pierde la pensión de invalidez. Ahora bien, el funcionario con derecho a pensión, o que este disfrutando una pensión cualquiera que ella sea, no puede recibir ninguna otra remuneración del tesoro, a no ser que se trate de profesores o militares, que tienen derecho a recibir su pensión y otra remuneración de cargo público. Las demás personas no.

Las personas que se encuentren pensionadas a la administración pero solo en determinados cargos como el de ministro, viceministro, superintendente, director, gerente o presidente de establecimientos, no reciben dos pensiones sino que reciben la remuneración del cargo respectivo y no recibe la pensión. Solo que cuando se retira, si ha permanecido más de 1 año en el ejercicio de ese cargo, tiene derecho a que se le reajuste la pensión con los nuevos salarios o con las nuevas condiciones que se hayan fijado en ese sentido.

13.8.3 Pensión de vejez

Esta modalidad de pensión se presenta cuando empleado o trabajador oficial que sea retirado del servicio, no teniendo el tiempo de pensión, pero si se está ante la edad de retiro forzoso, de sesenta y cinco años, el servidor tiene el derecho a la pensión proporcional al tiempo de servicio equivalente al 20% de su último sueldo devengado y un dos por ciento más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia, lo anterior al tenor de lo dispuesto por el artículo 29 del decreto 3135 de 1.968.

13.9 Edad de retiro forzoso

Cualquier funcionario debe ser retirado del servicio cuando llega la edad de 65 años, a excepción de los magistrados de las altas cortes que pueden llegar a la edad de 70 años. Entonces, el funcionario se retira de la administración, queda retirado de los cuadros de la administración cuando cumple 65 para la generalidad de los funcionarios o 70 para los magistrados de las altas cortes.

13.10 La muerte

Obviamente, cuando la persona deja de existir su calidad de funcionario también desaparece. Se entiende que una persona está muerta cuando cesan las funciones

del tallo cráneo encefálico. Es decir, cuando cesa toda actividad cerebral, por lo cual la muerte de una persona se entrelaza con la muerte cerebral, no cuando deje respirar o de latir el corazón. La persona natural y jurídicamente desaparece. Deja de ser sujeto de derecho y pierde su personalidad jurídica que la hace merecedora de derechos y obligaciones. Por lo cual una persona que ha fallecido, no puede tener ningún vínculo con entidad pública alguna.

14. Análisis de casos

Analice los siguientes casos y trate de darle respuesta.

14.1. Un funcionario se encuentra haciendo una especialización en la ciudad de Bogotá, otorgándole la administración permiso para que la adelantara, dándole dos horas diarias del horario de trabajo para asistir a clases. Luego la administración decide por razones justificadas de buen servicio trasladarlo a la ciudad de Cali ya que solo esa persona con sus conocimientos puede adelantar unas funciones específicas que ningún otro funcionario puede adelantar, por lo cual perdería la posibilidad de seguir en la especialización.

14.2. Un funcionario sufre una gripa que lo incapacita por 2 días. El funcionario solicita licencia de enfermedad. Como administración que le contestaría a este funcionario

14.3. Se concedió licencia por enfermedad a un funcionario por 2 meses y luego se mejora por lo que vuelve a la administración en servicio activo. Ese mismo día sufre un accidente que lo incapacita por cinco meses más. El funcionario solicita pensión de invalidez por haber estado en incapacidad durante más de 6 meses.

14.4. Una funcionaria está disfrutando de sus 12 semanas de licencia de maternidad. En la tercera semana, después del parto, cae gravemente enferma y se le otorga licencia de enfermedad por dos semanas, cuando se recupere, cuantas semanas más tendrá derecho de licencia de maternidad.

14.5. El nominador de una entidad declara insubsistente a un funcionario por creer que este se ha robado 2 millones de pesos del presupuesto de la entidad. Profiere el acto de insubsistencia en contra del funcionario sin motivarlo. El funcionario escucha que su declaratoria de insubsistencia se debió al hecho que el nominador sospechaba que había hurtado un dinero. La procuraduría de oficio inicia proceso disciplinario contra el funcionario declarado insubsistente por la supuesta conducta del funcionario. Luego del proceso disciplinario la Procuraduría lo absuelve. Puede el funcionario demandar el acto de insubsistencia por falsa motivación

14.6. Juan desempeñaba el cargo denominado auxiliar administrativo código 550, grado 09, y era el único que existía con esa denominación. Luego la nueva planta de personal establece la existencia únicamente de un auxiliar administrativo código 540, grado 01 el cual únicamente era desempeñado por Pedro. Podrá

impugnar y demandar Juan ese acto administrativo. Por medio de cuales recursos, y cual acción judicial?

14.7. Ahora, antes existían 10 cargos de auxiliar administrativo código 550, grado 09. en la nueva planta de personal solo aparecen 5 cargos con esa denominación. Es decir, hubo una disminución numérica de esos empleos. Podrá Juan impugnar y demandar ese acto. Por medio de cuales recursos u cual acción judicial?

14.8. Siguiendo con la misma hipótesis, habiendo disminución numérica de cargos, Juan observa que en el siguiente acto de incorporación, al no lo incorporan en la nueva planta de personal, y le envían comunicación en la que le dicen que opte por la reubicación o por la indemnización. ¿Cuáles serían los actos a impugnar y a demandar? ¿Qué acción contenciosa procedería?

Respuestas

1. En ese caso se trataría de una condición personal del funcionario, conocida por la administración y la ha consentido. Entonces no puede desmejorarle esa condición personal, subjetiva, que se ha objetividad por el hecho del conocimiento y del consentimiento que la administración ha hecho.
2. las licencias se dan por más de tres días, lo que procedería sería un permiso. Y esto se estableció así, de licencias por 3 días, porque se podía dar por una gripe, lo cual es frecuente, sin necesidad de una licencia
3. No tiene derecho a la pensión, porque cada licencia se considera por separado.
4. Tiene derecho a las 9 semanas restantes a la licencia por maternidad.
5. Puede demandar lo que quiera, y la acción sería de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que tiene el derecho de acción que tiene toda persona para hacer conocer por la justicia sus controversias. Pero como el acto fue inmotivado las pretensiones no prosperarían ya que la acción no quedó sometida a ningún motivo por escrito, por lo cual corresponderá al funcionario a través de diferentes medios probatorios que el nominador tomó la decisión en razón a una supuesta falla disciplinaria, pudiendo el nominador argumentar que fue por motivos de conveniencia y oportunidad que tomó la decisión.
6. Ese acto estaría tácitamente diciendo que el cargo fue suprimido, por lo cual proceden los recursos de la vía gubernativa y la acción judicial de nulidad y restablecimiento del derecho

7. Ese acto no lo estaría afectando particularmente, ya que no se sabe si entre los 5 cargos que quedaron a él lo podría incorporar. Sería un acto de carácter general y no procedería ningún recurso, y la acción que podría incoar sería la de simple nulidad.
8. Los dos actos le estarían afectando particularmente su situación jurídica frente a la administración, por lo cual contra los dos procedería, los recursos de la vía gubernativa, y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

CUESTIONARIO SOBRE TEMAS DE FUNCIÓN PÚBLICA

1. Enuncie la clasificación Constitucional de los servidores s.
2. Enuncie los sistemas especiales de carrera administrativa existentes en el orden jurídico colombiano.
3. Enuncie los sistemas específicos de carrera
4. De los puntos 2 y 3 explique dos sistemas.
5. Enuncie los principios de la función pública y explique uno de ellos.
6. En los términos de la ley de carrera administrativa sistema General explique la clasificación de los empleos.
7. Diga que es la Comisión nacional del Servicio civil, cómo está integrada y que funciones tiene.
8. Cuáles son los órganos de dirección y gestión del empleo
9. Explique el empleo, su diseño y contenido.
10. Diga cuales son las clases de nombramientos
11. Diga qué reglas constitucionales y legales rigen la capacitación en la administración pública.
12. Enuncie cinco situaciones administrativas.
13. Explique en qué se diferencian los empleados s y los trabajadores oficiales.
14. De 3 ejemplos de empleos de término fijo.
15. Diga que es el contrato de trabajo y su régimen jurídico.
16. Enuncie los elementos integrantes de un contrato de trabajo.
17. Diga en que se diferencia un contrato de trabajo y un contrato de prestación de servicios.
18. Diga que es inducción.
19. Diga qué es re inducción
20. Cuál es la diferencia?
21. Cuáles son las obligaciones de las entidades en materia de capacitación
22. Cuáles son las obligaciones de los empleados en materia de capacitación
23. Diga que es un plan de capacitación y como se estructura.
24. Explique las políticas de estímulos y las de Bienestar social laboral
25. cuál es el régimen jurídico de la política de Bienestar social y como se concibe?
26. Una autoridad seccional puede determinar prestaciones sociales a sus servidores s? Explique su respuesta.
27. Enuncie tres casos en los cuales la ESAP puede tener una incidencia en la materia de determinación de políticas de Gestión de talento Humano .
28. Enuncie los niveles jerárquicos de los empleos s.
29. Cómo se definen los niveles profesional y directivo?
30. Qué factores integran los requisitos de un empleo?
31. Que partes tiene un sistema de nomenclatura y clasificación de empleos en una entidad?
32. Qué papel desempeña una comisión de personal en una entidad?
33. Son obligatorios los procedimientos de ingreso a los empleos de naturaleza Gerencial.
34. Cuál es el procedimiento
35. Enuncie tres tipos de incentivos no pecuniarios

BIBLIOGRAFÍA

1. DIEGO YUNES MORENO. Derecho Laboral Administrativo.
2. WILLIAN RENE PARRA RUIZ. Derecho Laboral Administrativo.
3. JEAN RIVERO. Tratado de Derecho Administrativo.

TEXTOS LEGALES:

1. Constitución Política de Colombia
2. **Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004**, Leyes sobre la Función Pública y la Carrera Administrativa.
3. **Ley 200 de 1995 y de la LEY 734 DE 2002** (Estatutos Disciplinarios).
4. **Decretos 1042 y 1045 de 1978.**
5. **Ley 489 de 1998** (Estatuto Básico de la Administración Pública Colombiana).
6. Decretos reglamentarios de la ley 909 de 2004.

TEORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

INTRODUCCION

La administración pública despliega su actividad a través de actos administrativos, operaciones administrativas, hechos u omisiones, contratos de la administración Pública.

Con el fin de entender el accionar de la administración, nos concentramos en este capítulo esencialmente en el acto administrativo.

El acto Administrativo: Referirse al acto administrativo, es referirse a muchas actividades desplegadas desde la administración por sus servidores o por particulares que también lo hacen en representación de ésta así sea de forma transitoria o provisional...

OBJETIVOS:

- Definir lo que es un acto administrativo y conocer sus diferentes efectos.
- Conocer las diferentes clasificaciones de los actos administrativos.
- Conocer las razones de extinción de los actos administrativos.
- Conocer los diferentes principios de la función administrativa.

Palabras clave

Acto Administrativo
Extinción de actos

1. EL ACTO ADMINISTRATIVO:

En la acepción jurisprudencial, “es toda declaración de voluntad unilateral, de una autoridad proferida en ejercicio de sus atribuciones y en la forma determinada por la ley o reglamento, que estatuya sobre relaciones de derecho, en consideración a determinados motivos, con el fin de producir un efecto jurídico para satisfacción de un interés administrativo y que tenga por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva”.⁹³ Son ejemplos del acto administrativo, los decretos, las resoluciones o los acuerdos entre otros. Todos pueden en razón a su finalidad clasificarse según su forma en, verbal, escrito, simbólico o electrónico.

Ejemplo del verbal la orden del superior al subordinado, el escrito un decreto, una resolución un memorando, del simbólico el semáforo, el aviso de ingreso o prohibido el acceso a un lugar restringido o el llamado a cumplir una regla en materia de seguridad industrial, el electrónico, el mensaje de datos a que alude el artículo 2 de la ley 527 de 1.999.

2. FORMACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En nuestra legislación, existen procedimientos y formas que deben ser acogidos por las autoridades estatales al momento de tramitar la expedición de un acto administrativo, ya sea cuando a su propia iniciativa quiere producir determinados efectos en derecho, o cuando en virtud de la presentación de un derecho de petición o por la interposición de recursos de la vía gubernativa, se ha empezado un diálogo entre la administración y los administrados, (que no puede ser confundido con un procedimiento judicial). Para estos casos, vamos a encontrar una serie de normas que indican la existencia de un procedimiento administrativo que se debe seguir, para que el acto administrativo pueda entrar al mundo jurídico.

Para ubicarnos mejor en el tema, previamente debemos tener en cuenta que nuestro C. C. A. sigla que traduce Código Contencioso Administrativo, decreto 01 de 1.984, el cual consta de dos grandes partes:

a.- la primera, se titula “Los procedimientos administrativos” la cual hace referencia a esos trámites que se deben cumplir para la expedición de un acto administrativo.

b.- La segunda parte que se denomina “Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa”, regula el proceso judicial contencioso administrativo; en esa clase de procedimiento, se va a cuestionar frente a un juez la legalidad de las

⁹³ Younes Diego Derecho laboral Administrativo, Temis Bogotá página 110.

actuaciones de la administración, entre ellas, los actos administrativos, mirando que estén de acuerdo al ordenamiento jurídico preestablecido.

Se hace esta aclaración porque, aunque el código se llame Contencioso Administrativo, la primera parte no es contenciosa sino puramente administrativa, donde se encuentran los procedimientos que se deben cumplir en la formación y expedición del acto, para que pueda llegar a producir los efectos buscados por la administración.

Ahora bien, siguiendo el tenor del artículo 1⁹⁴ del CCA, debemos saber que además del procedimiento establecido en la parte primera de éste código, pueden existir normas especiales que establezcan procedimientos de carácter específico, como por ejemplo, los relacionados con la expedición de licencias de construcción, las cuales se deben proferir con base en lo que establezca la legislación en esta materia⁹⁵.

Luego el artículo 2⁹⁶ del CCA establece las pautas generales que enmarcan el ejercicio de la función administrativa, en el sentido que, los funcionarios s deben ejercerla buscando el cumplimiento de los fines estatales, esto es, la finalidad mediata de los actos administrativos, que hablábamos en el capítulo anterior. También nos precisa el objeto de la función administrativa, al decir que, también deben buscar la adecuada prestación de los servicios s y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Aclarada la normatividad a aplicar en la formación del acto administrativo, y las pautas generales que se deben tener en cuenta para su expedición, el código entra a establecer los principios que debe guiar la actuación administrativa. Al

⁹⁴ ART 1°—Campo de aplicación. Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de "autoridades".

Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.

Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.

Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

⁹⁵ Artículo 99 de la Ley 388 de 1997.

⁹⁶ ART 2°—Objeto. Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios s y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley.

decir principios, se nos está indicando que son absolutos y por tanto no admiten excepciones en su aplicación; además, se refieren al deber ser del procedimiento administrativo, hacia donde debe ir.

3. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El artículo 3⁹⁷ del CCA, establece que en relación con las actuaciones administrativas existen unos principios fundamentales a tener en cuenta por los funcionarios al ejercer la actividad administrativa. Así tenemos:

⁹⁷ ART 3°—Principios orientadores. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.

En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.

En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

Las autoridades deberán observar estrictamente los principios consagrados en este artículo al expedir los reglamentos internos de que tratan los artículos 1° de la Ley 58 de 1982 y 32 de este código.

3.1. PRINCIPIO DE ECONOMÍA:

Hace referencia a economía en dinero y en tiempo, esto es, que la actuación administrativa se surta con la menor onerosidad posible. Tanto para ella, como para el administrado, pero también que no se hagan exigencias que no estén expresamente consagradas en la Ley, como autenticaciones, sellos ó documentos, para permitir que la actuación se surta en el menor tiempo posible.

3.2. PRINCIPIO DE CELERIDAD

Lo que quiere dar entender este principio es que no llegue una petición y se demore indefinidamente en la administración; las autoridades deben impulsar el procedimiento de oficio, no solo a petición de parte. Se busca que las actuaciones administrativas no se demoren indefinidamente, sino lo estrictamente necesario, so pena de configurarse como falta disciplinaria en contra del funcionario que incumpla este principio.

3.3. PRINCIPIO DE EFICACIA

Si la administración descubre la omisión de un trámite administrativo, ella misma puede subsanarlo al instante, evitando que lo actuado hasta el momento se pierda. Esto se hace, para prevenir la proliferación de nulidades a nivel administrativo, para que el procedimiento administrativo pueda culminar con una decisión de fondo y no con una decisión inhibitoria que no decida ni resuelva el fondo del dialogo administración – administrado. En fin, debe hacerse todo lo posible para que el procedimiento administrativo sea eficaz, removiendo los obstáculos puramente formales evitando pronunciamientos inhibitorios.

Este principio también permite que, la autoridad tenga la facultad de impulsar de oficio las etapas del procedimiento administrativo, para que culmine con una decisión de fondo a través de la expedición de un acto administrativo.

No sobra observar que ésta definición del artículo 3 del C. C. A. sirve para desarrollar la norma Constitucional del artículo 209 de la Carta en lo referente a la función administrativa.

3. 4. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Este principio hace referencia a que en las actuaciones administrativas se debe respetar el derecho a la igualdad; quien hizo la petición primero se le debe tratar de resolver primero; que no haya favoritismo para resolverle a uno sí y a otro no; sino que se dé un trato igual a todos los administrados, lo cual, redundaría en el cumplimiento de los fines estatales y no el mero interés propio del funcionario o en provecho de un tercero en claro desvío de poder. Es

menester hacer respetar los órdenes de trámite de todas las actuaciones, las filas, el orden de llegada, el orden de registro etc.

3.5. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Los actos administrativos no pueden ser secretos, deben dársele publicidad, ya sea a través de notificación, si es un acto de carácter particular, o publicación, si es un acto general. Sólo por expresa disposición legal, el acto puede llegar a tener el carácter de reservado, como lógicamente sucedería con aquellos expedidos en ejercicio de una actividad de inteligencia militar.

3.6. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Los particulares tienen la posibilidad de conocer y controvertir las decisiones de las autoridades públicas a través del procedimiento administrativo. Así, el C.C.A. establece las oportunidades correspondientes para que el particular pueda presentar sus argumentos y pruebas previamente a la decisión de la administración; Además, una vez que ésta decide, el particular también tiene la facultad de presentar, en el marco de un proceso administrativo, los recursos de la vía gubernativa, en el sentido que, una vez proferido el acto, antes de quedar ejecutoriado, el particular tenga la oportunidad de cuestionarlo ante la misma administración, ya sea ante el mismo funcionario que lo expidió o ante el superior de éste; garantizándose de esta manera el derecho de defensa y de contradicción en sede administrativa.

También este principio implica que si respecto a una inminente decisión de la administración en la que se contraponen los intereses de dos o más particulares, se conozcan los receptivos argumentos para defender sus posiciones antes de la expedición del acto administrativo.

Por ejemplo, cuando a nivel de las autoridades del transporte se va a adjudicar una ruta, existen varias empresas que están interesadas en ese acto administrativo para que una de ellas sea la elegida, y entonces en la etapa previa es necesario que la administración, conozca los argumentos de cada una de las empresas, dándosele la posibilidad de contradicción respecto de quien es más apto para adjudicar la ruta.

En fin, esta posibilidad de las personas de acudir ante la administración con el fin de ser tenidos en cuenta como interesados en una actuación, para que puedan argumentar, oponerse, alegar, ejercer el derecho de defensa protegiendo sus intereses, o simplemente guardando silencio, actuar como mero espectador o allanarse, es lo que se conoce como derecho de contradicción frente a la administración, o entre los mismos administrados cuando se presentan intereses contrapuestos respecto a una decisión.

Recapitulando, respecto de la actuación administrativa que va a culminar en la expedición de un acto administrativo, el CCA establece expresamente los principios que la guían, dirigidos fundamentalmente a la protección de los administrados.

Ahora bien, en el capítulo anterior nos habíamos referido, en parte, al tema de la formación del acto administrativo. Vimos las características que debe cumplir para existir, sus elementos estructuran tes, y acabamos de ver los principios orientadores de su formación.

Siguiendo en sede de la formación del acto administrativo, cabe preguntarnos ¿Desde cuándo se producen los esos efectos jurídicos del acto administrativo?, ¿dónde se producen esos efectos jurídicos?

4. EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Los encontramos también expresamente consagrado en el CCA en su parte primera que regula el procedimiento de la formación y expedición de los actos administrativos. Por consiguiente, tenemos que estudiar sus efectos en el tiempo y en el espacio.

4.1 EFECTOS EN EL TIEMPO

Como lo veíamos dentro del elemento formal del acto, es derecho del particular conocer las decisiones de la administración. Para que el acto administrativo empiece a producir los efectos buscados, y, como mecanismo de protección jurídica de los administrados, se requiere, que sea conocido por éstos, ya sea por notificación, comunicación o publicación según la clase de acto. Por lo tanto es importante tener en cuenta las siguientes características según la naturaleza del acto.

5. CLASIFICACION PRIMARIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En este punto podríamos detenernos en un abultado estudio taxonómico referente a las clases de actos administrativos, no obstante es de gran interés para este estudio la siguiente clasificación

5.1 ACTOS DE CARÁCTER GENERAL

El CCA en su artículo 43⁹⁸ ordena la publicación de los actos administrativos de contenido general para que sea obligatorio, y por ende sus efectos se

⁹⁸ ART 43.—Deber y forma de publicación. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

puedan producir. Si es un acto administrativo a nivel nacional, se publicará en el Diario Oficial; si es de carácter departamental expedido por el gobernador, se publicará en la gaceta departamental, y por un alcalde en su respectiva gaceta municipal. A nivel nacional diferentes entidades, por razones prácticas, tienen sus propios boletines, así los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias tienen el suyo. Por ejemplo, a nivel nacional tenemos el diario oficial, donde se publican los actos del Presidente de la República, pero además existe el boletín de la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia de Economía financiera, en donde se publican los actos administrativos proferidos por ella por ejemplo.

Lo importante es que el acto administrativo de carácter general sea publicado para poder empezar a producir los efectos buscados por la administración, y así, los particulares lo puedan conocer; que no sea una actuación secreta que les imponga, extinga o modifique obligaciones y derechos sin que éstos lo sepan. En otras palabras, solo si el acto de carácter general se publica puede ser oponible a los particulares.

En los municipios donde no exista una publicación oficial para dar a conocer el acto, según el artículo 43 del CCA, de todas maneras se divulgará mediante la fijación de avisos, distribución de volantes, la inserción de otros medios, o por bando.

Finalmente, el artículo nos dice que si es un particular quien hace una petición de interés general, esta será resuelta por medio de un acto administrativo de carácter general, el cual podrá publicarse a través de cualquier medio hábil. Así, a pesar de ser iniciada la actuación por un particular, por tratarse de una petición de carácter general, la administración no está obligada a notificar personalmente al peticionario, sino que simplemente hará saber su decisión por cualquier medio, trátase de avisos, volantes o por bando.

5.2 ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR

El artículo 44⁹⁹ del CCA exige que los actos administrativos de carácter particular deban ser notificados personalmente al interesado, esto es, al

Los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio hábil.

⁹⁹ ART 44.—Deber y forma de notificación personal. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la

particular a quien afecta ese acto, o al representante o apoderado si la persona actuó a través de ellos.

No debemos descuidar las acepciones y sentidos de las normas, como se observa no se trata de cualquier notificación; el acto administrativo debe ser notificado personalmente al interesado.

Notificar significa dar noticia de algo a alguien. Si es personal, se le debe hacer conocer la noticia frente a la persona del interesado, de ahí que el código exija la firma del notificado dentro del acta de notificación. El lugar donde se hará la notificación personal será en la dirección suministrada por el interesado o en la que tenga conocimiento la administración.

Sin embargo, si ésta no se puede hacer, ya sea porque no se encuentra la persona, o no está en la misma ciudad de donde se profiere el acto, la administración tiene como único camino, citarlo dentro de los cinco días a la expedición del acto, para que se presente a la entidad administrativa y allí se le haga la notificación personal que ordena el artículo 44 del CCA, esto es, dándosele a conocer el contenido del acto y entregándosele copia del mismo.

Pero el código no se queda allí. El artículo 47¹⁰⁰ exige una formalidad mas a la diligencia de notificación; no es simplemente la entrega de copia del acto al interesado, sino que éste debe firmar el acta de notificación dejándose constancia que se le notificó el acto y se le hizo saber los recursos procedentes contra esa decisión administrativa. ¿Por qué se hace énfasis en esto? Porque el artículo 48¹⁰¹ del CCA establece que si no se

actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.

En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este código.

¹⁰⁰ ART 47.—Información sobre recursos. En el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben interponerse, y los plazos para hacerlo.

¹⁰¹ ART 48.—Falta o irregularidad de las notificaciones. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46.

han cumplido todos estos requisitos, se entenderá que el acto administrativo no ha sido notificado, y por tanto sus efectos no habrán podido empezar a producirse.

Entonces, la notificación personal se refiere a una diligencia que debe cumplir varios pasos para entenderse surtida de la siguiente forma: se profiere el acto administrativo; se notifica personalmente al interesado; si no se puede, se le cita; el interesado acude y se le notifica personalmente el acto; se le entrega copia del acto administrativo correspondiente; se deja constancia de la notificación y de los mecanismos de defensa o recursos que proceden frente a ese acto de carácter particular

Me pregunto, ¿Qué pasa si el citado no asiste para que se le notifique personalmente el acto administrativo? Lógicamente esa situación no podría quedar sin ninguna regulación porque impediría que la autoridad administrativa pudiera cumplir con las funciones a su cargo, ya que si el particular nunca acudiera, pues se quedaría en el limbo ese acto administrativo, o simplemente, si el acto le fuera desfavorable, bastaría con esconderse para evitar que el acto administrativo pudiera cumplir con sus efectos. Por eso el CCA prevé en el artículo 45¹⁰² la denominada notificación por edicto, esto es, la fijación en un sitio visible de la correspondiente entidad administrativa¹⁰³ del escrito en el cual aparece la parte resolutive del acto administrativo.

Entonces, observamos como el CCA en los artículos 43 a 48 regula de cuando se entiende que comienzan los efectos de los actos administrativos; ya sea desde la notificación personal o por edicto si el acto es de contenido particular; o desde la publicación si el acto es de contenido general.

Clase de acto	Efectos desde	Cómo
General	Publicación	Diarios oficiales, boletines, avisos, volantes o por bando
Particular	Notificación personal o en su defecto por edicto	Personal: Citación al interesado + Notificación personal + entrega copia del acto + dar a conocer los recursos procedentes. Edicto: Fijación en la entidad de la parte resolutive del acto

¹⁰² ART 45.—Notificación por edicto. Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia.

¹⁰³ Fijación que normalmente se hace en las secretarías generales de las entidades.

Hay un último aspecto previsto en el artículo 46¹⁰⁴ del CCA. Puede darse el caso de personas que no hayan intervenido en la actuación administrativa, inclusive que no hayan tenido idea de su existencia, resultando afectadas sus situaciones jurídicas.

Se trata de la existencia de terceros con relación al acto administrativo. Por consiguiente, también tienen derecho de contradicción y de defensa, resultando necesario que conozcan esa decisión, dándose nuevamente la relación publicidad - derecho de contradicción – derecho de defensa. Entonces, a veces, no solamente tienen que conocer el contenido del acto administrativo el interesado, sino que, también los terceros o demás personas que eventualmente pueden resultar afectados con una actuación de carácter particular. Como cuando se profiere una resolución que otorga licencia para que se construya un edificio de 40 pisos en el barrio la Candelaria, ese acto debe ser publicado para que los vecinos del sector puedan oponerse a ese acto que los va a afectar.

6. EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ESPACIO

La función administrativa está atribuida a diferentes autoridades administrativas, algunas con competencia en todo el territorio nacional, y otras delimitadas a su ámbito de competencia con un criterio territorial. Así, el Decreto que profiere un Gobernador y las ordenanzas de una Asamblea Departamental tendrán delimitados sus efectos al territorio del Departamento, mientras que los efectos en el espacio de un acto administrativo del Presidente de la República normalmente tienen efectos en todo el territorio nacional. Así pues, los efectos en el espacio de los actos administrativos dependerán del ámbito de competencia de la autoridad que los profiera.

7. OTRAS CLASIFICACIONES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Decíamos desde el comienzo que los actos administrativos recogen o concretan el ejercicio de la función administrativa del Estado, la cual, ha venido haciéndose más compleja en razón a la evolución social, económica y política de las diferentes sociedades. Además, como lo veíamos, esa función administrativa no es exclusiva de la rama ejecutiva, sino que también es ejercida por las rama judicial, legislativa y los particulares, siendo posible que puedan también proferir actos administrativos.

¹⁰⁴ ART 46.—Publicidad. Cuando, a juicio de las autoridades, las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutive, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones.

Por eso, decíamos que el acto administrativo podía ser una decisión, concepto, juicio o conocimiento en razón de la complejidad de la función administrativa, y de ahí el carácter abstracto del concepto de acto administrativo, por lo cual, puede haber varias clases de actos.

Así pues, los diferentes tratadistas del derecho administrativo han encontrado innumerables clasificaciones de acto administrativo desde el punto de vista teórico, sin embargo, nos vamos a limitar a estudiar las clasificaciones de mayor importancia y uso desde el punto de vista doctrinario, y también aquellas otras que tienen efectos concretos en nuestra legislación positiva.

7.1 CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DESDE EL PUNTO DE VISTA TEÓRICO.

Autores como Luis Enrique Berrocal,¹⁰⁵ Jaime Vidal Perdomo,¹⁰⁶ Gustavo Penaos,¹⁰⁷ Carlos Ariel Sánchez,¹⁰⁸ Agustín Gordillo,¹⁰⁹ Julio Rodolfo Comedirá,¹¹⁰ todos al unísono, clasifican y ordenan según su clasificación los actos administrativos, razón por la que para los meros efectos del presente documento hacemos y traemos a colación la siguiente clasificación.

7.1.1 ACTOS DE SERVICIO Y AJENOS AL SERVICIO

Si el acto emanado de la autoridad estatal estaba relacionado con el servicio se regía por las normas de derecho administrativo y por tanto el juez que le llegara a hacer un juicio de legalidad a un acto de esta naturaleza, debía ser perteneciente a una jurisdicción especializada, esta es, la contenciosa administrativa.

Mientras que si la manifestación de voluntad, hecha por la autoridad estatal, no tenía nada que ver con la prestación de un servicio, ese acto se regía por las normas de derecho privado y el juez de conocimiento sería el perteneciente a la jurisdicción ordinaria.

¹⁰⁵ Berrocal G. Luis Enrique, Manual del acto Administrativo, Edic. librería del Profesional, Bogotá D.C. 2001.

¹⁰⁶ Vidal Perdomo Jaime, Derecho Administrativo, Temis, Bogotá 1.994.

¹⁰⁷ Penagos Gustavo, El Acto Administrativo, Tomo II parte Especial Edic. Librería el Profesional, Bogotá 1.997.

¹⁰⁸ Sanchez Carlos Ariel, Teoría General del Acto Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín 1.995.

¹⁰⁹ Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Primera edición colombiana Edit. Jurídica Dike, Medellín 2001.

¹¹⁰ Comadira Julio Rodolfo, Elementos de Derecho Administrativo, La ley, Buenos Aires, 2005, Colección de Análisis jurisprudencial, Capítulo X jurisprudencias.

Esta diferenciación surge de la teoría clásica del servicio, la cual decía que en donde hay servicio hay derecho y donde no, hay derecho privado.

7.1.2. ACTOS DE PODER Y DE GESTIÓN

Esta clasificación objeto de grandes debates en la historia del derecho administrativo, tenemos que la consecuencia es muy parecida. Si se tratan de actos de poder que implican el ejercicio de las prerrogativas propias del poder estatal, se rigen por el derecho y son juzgados por el juez contencioso administrativo, pero si eran de gestión que implicaban un comportamiento rutinario similar al de los particulares eran de derecho privado y de conocimiento de los jueces ordinarios.

El verdadero aporte de estas teorías, muy útiles en su momento, fue el de explicar la existencia del Derecho Administrativo, de un régimen jurídico especial que regulara las actuaciones del Estado, ya sea utilizando criterios del servicio o del uso de las prerrogativas del poder. Sin embargo en la actualidad, resultan clasificaciones puramente teóricas que en la práctica ya no tienen consecuencia alguna

7.2. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DESDE EL PUNTO DE VISTA PRÁCTICO

Se trata de clasificaciones del acto administrativo que han sido planteadas por la doctrina, pero que además tienen consecuencias concretas en nuestra legislación positiva.

7.2.1. ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL Y PARTICULAR

Es una clasificación muy sencilla, aun cuando ya la vimos en lo relativo a la notificación y publicación, se trata de distinguir cuando un acto administrativo afecta directamente a una persona en particular singular e individualmente, o a todos los administrados en general. En el primer caso estamos ante un acto administrativo de carácter particular, mientras que en el segundo en uno de carácter general.

Si se trata de un acto administrativo que regula por vía general e impersonal la situación de los administrados indeterminados individualmente, será un acto de carácter general¹¹¹. Pero si, el acto define de manera particular una situación jurídica de un administrado considerado de manera individual y concreta, estaremos en presencia de un acto de carácter particular.

¹¹¹ Se trata de actos administrativos muy parecidos a las Leyes proferidas por el Congreso de la República, las cuales reglamentan situaciones jurídicas de una manera abstracta, general e impersonal.

7.2.2. INCIDENCIAS PRÁCTICAS DE ESTA CLASIFICACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN:

Desde el derecho Francés encontramos en sus rasgos distintivos lo alusivo a la eficacia del acto administrativo y su punibilidad en estas reglas.

7.2.2.1. Saber desde cuando produce los efectos buscados con su expedición.

Veíamos como el acto de carácter general, artículo 43 del CCA, empieza a producir sus efectos desde la publicación, y el de contenido particular, artículo 44 y siguientes, desde la notificación del mismo al interesado.

7.2.2.2. Saber sobre la posibilidad y la oportunidad de la administración de terminar ella misma con los efectos de su acto administrativo.

Así, en tratándose de un acto administrativo de carácter general, la administración puede de oficio dejarlos sin efectos en cualquier momento. Por ejemplo, el Decreto Reglamentario, el cual es un acto administrativo de contenido general, la autoridad que lo profirió puede en cualquier momento, modificarlo, o expedir otro Decreto que lo cambie o derogue¹¹².

En cambio si el acto administrativo es de contenido particular, encontrándose en firme, la administración para dejarlos sin efectos en cualquier tiempo, tiene que, por regla general, según el artículo 73¹¹³ del CCA, contar con el consentimiento previo y escrito del particular afectado.

7.2.2.3. Sobre la motivación del acto administrativo.

El acto administrativo de carácter general puede ser derogado por la autoridad correspondiente por simples motivos de conveniencia u oportunidad, quedando al arbitrio de la administración la causa por la cual

¹¹² Así como el Congreso de la República puede derogar en cualquier momento las propias leyes que expide, la administración puede derogar sus actos administrativos de carácter general en cualquier momento sin el cumplimiento de requisitos adicionales que su buen entender.

¹¹³ ART 73.—Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

va a expedir, modificar o extinguir un as de contenido general. Por lo tanto, no necesariamente deben estar expresamente motivados, no porque no tengan motivo, el acto siempre lo va a tener, sino que simplemente, en el CCA no existe norma alguna que ordene perentoriamente la motivación de esta clase de actos.

En el caso de los actos administrativos de contenido particular, la motivación debe ser concreta, expresa, y además, cierta, real y lícita, ya que está en juego una situación jurídica de un particular. Si no existiera esta exigencia, la administración arbitrariamente podría extinguir derechos o imponer obligaciones sin que el administrado supiera la causa o motivo, en desmedro de sus derechos a la defensa y contradicción, quedando en situación de desprotección sometido al arbitrio de las autoridades administrativas. La necesidad de motivación expresa, queda reafirmada en nuestra legislación, por lo dispuesto en el artículo 35¹¹⁴ del CCA, al decir que la decisión será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

7.2.2.4. En materia de recursos.

Según el artículo 49¹¹⁵ del CCA, no proceden recursos contra el acto administrativo de carácter general. Nosotros no podemos, por ejemplo, interponer recurso alguno contra un Decreto Reglamentario, o contra un acto de la Superintendencia Bancaria, hoy Economía Financiera que establezca el interés bancario corriente para el mes de marzo.

En cambio, los actos administrativos de carácter particular si son susceptibles de ser atacados y discutidos por los administrados, a través de los recursos de la vía gubernativa. Dichos recursos son, el de reposición, ante el mismo funcionario que lo profirió, y el de apelación ante su superior jerárquico, con lo cual el particular va a buscar que se revoque determinado acto o se le modifique algo.

7.2.2.5. Requisitos previos para demandar el acto

El artículo 135¹¹⁶ del CCA, establece que para poder demandar los actos administrativos de carácter particular ante la jurisdicción de lo contencioso

¹¹⁴ ART 35.—Adopción de decisiones. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares...

¹¹⁵ ART 49.—Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

¹¹⁶ ART 135.—Subrogado. D.E. 2304/89, ART 22. Posibilidad de Demanda ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo contra actos particulares. La demanda para que se declare la nulidad de un acto

administrativo se requiere previamente que se haya agotado la mencionada vía gubernativa; es decir, que el acto primero haya sido controvertido entre el administrado y la administración a través de la interposición de los recursos de reposición, y/o apelación.

Cabe aclarar que si contra un acto administrativo solo procede el recurso de reposición no es obligatorio interponerlo para que se entienda agotada la vía gubernativa. Con el hecho de no presentarlo en la oportunidad que se señale, se entenderá agotada esta vía. Por ejemplo, contra el acto del Ministro de Educación, quien no tiene superior jerárquico dentro del mismo ministerio, procederá el recurso de reposición ante el mismo Ministro para agotar la vía gubernativa, pero si el particular no lo quiere interponer dentro de la oportunidad señalada, al no ser obligatorio ese recurso, entonces, se entenderá agotada esta vía. En cambio cuando procede el de apelación, el cual, si es obligatorio interponerlo para que se entienda agotada la vía gubernativa. Por ejemplo un acto del viceministro va a ser apelado ante el Ministro.

Se trata en verdad de un diálogo entre administración y administrado, donde se va a exponer el descontento con lo dispuesto por un acto administrativo, y explicar porque debe salir del mundo jurídico, y la administración va a esbozar sus argumentos del porque lo profirió.

En cambio, como lo vimos, contra un acto administrativo de carácter general no procede ninguna clase de recursos, por consiguiente, para demandarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa no hay que agotar previamente la vía gubernativa, simplemente porque no la hay para esta clase de actos según el CCA. La razón de esto radica en que un acto de estas características es de naturaleza general e impersonal, resultando inoficioso, absurdo y desgastante para la administración estar obligada a mantener un diálogo con la persona que se le ocurriera no estar de acuerdo con el acto de carácter general, con el agravante que, como lo veíamos, éstos pueden ser expedidos por meras razones de conveniencia y oportunidad, y no tendría que está supeditada su actividad de regular situaciones generales al parecer de cada persona. Resultaría imposible cumplir la función administrativa si cada decisión que tome primero tenga que dialogarla con cualquiera, lo cual llevaría a dilatar la actividad de la administración.

particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.

Imaginemos si respecto al interés bancario corriente, certificado y publicado por la Superintendencia de Economía Financiera, que va a regular los límites de los intereses a cobrar por los particulares, y que además responde a la dinámica de diferentes variables y factores económicos, no pudiera entrar a producir sus efectos porque a alguien no le pareció y entonces interpusiera recursos para que la administración le explicara del porque de esa disposición, retrasando y dejando en el limbo los parámetros a seguir en materia de intereses.

Por eso, el único camino que tienen los particulares cuando no están de acuerdo con un acto administrativo de carácter general es acudir directamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y demandarlo por nulidad, en donde el juez, dentro de un proceso judicial, decidirá si anula el acto administrativo, si lo saca del mundo jurídico y le impide seguir produciendo sus efectos.

7.3. ACTOS ADMINISTRATIVOS PREPARATORIOS Y DEFINITIVOS

Nuevamente la ley nos sirve de referente, véase C.C.A. artículos 49, 50, ahora bien, para llegar a decidirse una petición ante una autoridad administrativa en determinado asunto, lo más lógico es que se deba cumplir un trámite previo al interior de la autoridad administrativa, por ejemplo, para otorgar una licencia ambiental, el ministerio del medio ambiente y vivienda va a necesitar de un procedimiento interno donde se llegue a necesitar concepto de la oficina jurídica de la entidad. Ese concepto va a ser un acto administrativo porque es una manifestación de voluntad hecha en ejercicio de competencias administrativas, pero de carácter preparatorio, ya que el acto administrativo definitivo va a ser la resolución que profiera el Ministro otorgando o no la licencia. Así pues, ese concepto jurídico que puede decir que el particular si cumple con los requisitos legales para que se le expida la licencia, es de trámite, es preparatorio porque lo que está haciendo es impulsando el procedimiento administrativo para que el ministro pueda expedir el acto definitivo de otorgamiento de la licencia, de acuerdo con el ordenamiento jurídico preestablecido.

Así pues, con base en las siguientes preguntas ¿Qué está decidiendo el acto administrativo? ¿Cuál manifestación de voluntad es la que producirá los efectos definitivos?, se ha visto la necesidad de distinguir entre actos administrativos preparativos y definitivos. Así, el concepto de la oficina jurídica no está tomando la decisión, sino, impulsando el proceso de otorgamiento de la licencia, brindando una guía al Ministro quien es el que va a decidir. Es la resolución del Ministro la que da a conocer la manifestación de voluntad de la administración, en el sentido de decidir si otorga una licencia ambiental a un particular o no, produciéndose determinados efectos en derecho.

8. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE ESTA CLASIFICACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN:

8.1 En materia de recursos:

El artículo 49 del CCA dice que no procederán recursos contra los actos de carácter general, y agrega, “ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución”. Es decir, contra los actos administrativos de trámite o preparatorios no habrán los recursos de la vía gubernativa, en razón a que, los actos de esta clase no es que no produzcan efectos, sino que estos no se producen para el administrado. Por ejemplo el concepto de la oficina jurídica, es una manifestación de voluntad de la administración consistente en un concepto que busca como efecto asesorar al ministro para que tome una decisión, pero no está afectando de ninguna manera al interesado, ya que no está impidiendo seguir con la actuación, resultando, por consiguiente inocuo que contra ese acto procediera recurso alguno.

Pero ¿Qué sucede si un acto de trámite afecta la situación jurídica del interesado? El artículo 50¹¹⁷ del CCA define los actos definitivos en su último inciso, nos dice que los actos de trámite ponen fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla. En ese caso, el acto de trámite se convierte en uno definitivo ya que al imposibilitar el seguimiento de la actuación administrativa estaría definiendo la situación jurídica correspondiente, procediendo los recursos de la vía gubernativa. Si la oficina jurídica rinde concepto negativo a la solicitud de la licencia y decide archivarla, impidiendo al Ministro pronunciarse, contra esa manifestación de

¹¹⁷ ART 50.—Recursos en la vía gubernativa. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.
2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.

voluntad, en principio de trámite, procede los recursos de la vía gubernativa, para el caso, de reposición contra el jefe de la oficina jurídica y, llegado el caso, el de apelación para ser resuelto por el Ministro.

9. ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE EMANAN DE COMPETENCIAS REGLADAS Y DE COMPETENCIAS DISCRECIONALES

En razón al principio de legalidad, habíamos dicho que las competencias de todos los funcionarios s están referidas exclusivamente a las otorgadas expresamente por el ordenamiento jurídico preestablecido. No obstante, algunas veces, la Ley solamente atribuye esas competencias, mientras que en otros, además de atribuir las, las reglamenta. En este segundo caso, se trataría de competencias regladas, porque la Ley no solamente las atribuye, sino que además le dice a la autoridad cómo, cuándo y en qué términos debe ejercerla. En cambio, cuando las competencias son solamente atribuidas deja un amplio margen de discrecionalidad al funcionario para que actúe o no, o para que pueda escoger entre actuar en cierto sentido y en otro, en otras palabras, para que el funcionario decida cuándo y cómo quiere tomar la decisión y en el sentido que considere conveniente de acuerdo con una situación concreta y específica.

Pues bien, los actos administrativos, según el caso, puede ser emanados en virtud de competencias regladas o discrecionales. Aclárese que el acto administrativo, como manifestación de voluntad para producir efectos jurídicos, es neutro, no es ni reglado ni discrecional, lo que es regalado o discrecional son las competencias, el acto administrativo por consiguiente seguirá guardando la esencia de su definición, sigue siendo el instrumento en el que se concreta una competencia, siendo esta la más o menos reglada¹¹⁸, sin embargo el CCA nos habla de decisiones discrecionales y regladas.

9.1 IMPORTANCIA PRÁCTICA EN NUESTRA LEGISLACIÓN DE ESTA CLASIFICACIÓN:

El artículo 36¹¹⁹ del CCA, titulado “Decisiones discrecionales” establece que “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser **adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa**” resaltado es nuestro. Para indicar que la discrecionalidad no es omnipotente, ni ilimitada.

¹¹⁸ Recordemos que no hay competencias totalmente regladas, ni completamente discrecionales, sino es mas una cuestión de grado en la reglamentación de las mismas.

¹¹⁹ ART 36.—Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Al decir la norma “en la medida en que el contenido de una decisión....”, está haciendo referencia al elemento material del acto administrativo, esto es, sobre qué aspecto de contenido recae la discrecionalidad de la manifestación de voluntad, o el sentido de la misma. En otras palabras, la Ley le atribuye determinadas competencias al funcionario y le deja muchas posibilidades para decidir discrecionalmente el contenido del acto administrativo.

Luego, sigue diciendo el artículo que la decisión discrecional “debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza...”. Aquí está haciendo referencia al elemento finalista del acto administrativo, en el sentido que todo acto administrativo tiene una finalidad mediata: el interés general; y una finalidad inmediata: los fines que tuvo en cuenta la norma específica que atribuye la competencia. El artículo 36 del CCA se está refiriendo a la finalidad inmediata, esto es, que la decisión administrativa por discrecional que sea, debe tener en cuenta los fines de la Ley que atribuyó la competencia específica y la discrecionalidad.

Me pregunto, ¿De dónde surge la discrecionalidad? Pues de la Ley que atribuye la competencia dándole la posibilidad al funcionario a quien se la atribuye de que decida cuando actúa y en qué sentido.

Observemos que el artículo establece un límite expreso a la discrecionalidad, y es que, la decisión tiene que ser adecuada a los fines de la norma que atribuye la competencia. La decisión que materialmente es discrecional, porque su contenido puede ser escogido por la autoridad competente, tiene el límite de ser consecuente con los fines de la norma que le otorgó la competencia de que trate.

Por ejemplo, el nominador de una entidad que tiene la discrecionalidad de declarar insubsistente en cualquier momento a un funcionario de libre nombramiento y remoción, debe tener como fin el mejoramiento del servicio para lo cual se le ha dado la discrecionalidad de escoger sus colaboradores y por razones de servicio declarar su insubsistencia.

Por último, el artículo 36 del CCA dice que dicha decisión discrecional debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, en clara referencia al elemento causal del acto administrativo. Veíamos como todo acto tiene una causa cierta, real y lícita. Sin embargo, para las decisiones discrecionales, hace una exigencia adicional, la de guardar proporcionalidad entre la decisión y los motivos que la sustentan¹²⁰. Por ejemplo, la máxima

¹²⁰ En ninguna otra parte del CCA encontramos la exigencia de que el acto administrativo tenga que guardar proporcionalidad. Genéricamente se dice que el acto administrativo debe tener unos motivos reales, ciertos y lícitos, exigiendo expresamente en el artículo 36 la proporcionalidad de estos para las decisiones emanadas de competencias discrecionales.

autoridad respectiva del orden, ya sea el alcalde, el gobernador o el presidente de la república pueden establecer discrecionalmente cuando declaran un toque de queda, pero una decisión de esta clase debe estar respaldada por motivos proporcionados; no porque hubo una riña en una tienda el alcalde proceda a declarar el estado de queda, allí no habría proporcionalidad. En cambio si hay un grupo armado ilegal causando problemas de seguridad y de intranquilidad en el municipio, la decisión discrecional de declarar el estado de queda estaría en proporción con los motivos que le dieron lugar.

10. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPRESOS Y PRESUNTOS

Los actos expresos son aquellos en donde la voluntad de la administración establece concreta y directamente los efectos jurídicos explícitamente, en la mayoría de los casos por escrito, ya que también pueden darse de manera verbal.

Pero también existen ciertos casos en donde esa manifestación de voluntad no es expresa y por tanto, la Ley presume su existencia y los efectos buscados, denominándose como acto presunto o ficto.

Es decir, como consecuencia del silencio que guarda la administración respecto a una petición que haga una persona, la ley presume que se pronunció en determinado sentido. Se trata de una verdadera ficción, en donde la Ley supone el querer de la administración por haberse quedado callada.

Y es aquí cuando hablamos del silencio administrativo, que es la presunción hecha por la Ley del querer de la administración por haber guardado silencio y no responder en un determinado lapso de tiempo una petición, o también, cuando habiéndose presentado un recurso de la vía gubernativa contra un acto administrativo no es resuelto oportunamente.

11. SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO Y POSITIVO

Es de suyo y complemento del accionar de la administración en la relación con el ciudadano tener en consideración este instituto jurídico del silencio administrativo que enuncia unas reglas muy importantes a saber. Por regla general, la Ley dice que si pasa más de determinado tiempo sin que la administración haya decidido una petición, se entiende resuelta negativamente, presumiéndose que la administración la negó, por tanto el silencio fue negativo.

Y, solamente por excepción, existen casos concretos en donde la Ley expresamente dice que presume la voluntad de la administración en sentido positivo a las peticiones de la persona, caso en el cual estaremos en presencia del silencio administrativo positivo.

Tanto el silencio administrativo negativo y positivo son decisiones presuntas de la administración que conllevan a la existencia de un acto administrativo ficto o presunto. Fundado en la ficción jurídica emanada de la ley.

La razón de ser de estas figuras es buscar la protección del administrado, para que cuando éste acuda a la administración haciendo una petición, o interponiendo un recurso contra un acto administrativo, no quede indefenso frente al silencio de la administración y entonces pueda entender que por virtud de la ley se presume que ésta le resolvió ya sea negativa o positivamente según sea el caso, y entonces podrá dirigirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar ese acto administrativo presunto, que físicamente no es palpable, ya que no hay documento que así lo muestre, pero que jurídicamente goza de las características de los actos administrativos. El juez lo primero que hará será comprobar que se configuró el silencio, para declararlo y luego proceda a declarar la existencia del acto presunto, y en consecuencia proceder a hacer el respectivo juicio de legalidad.

Así, el CCA consagra la institución del silencio administrativo negativo en el artículo 40¹²¹ de la siguiente manera: “transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa...”. Esa es la norma general, se presume que la voluntad de la administración fue en sentido negativo a la petición, configurando un acto ficto o presunto en sentido negativo. Por ejemplo, un particular hace una solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación a CAJANAL, u otro organismo de esa naturaleza, tipo empresa industrial y comercial del Estado, guardando ésta silencio por más de tres meses sin dar respuesta alguna; al no decir específicamente nada, la Ley sobre este caso, petición, como se observa, se entenderá que por regla general será en sentido negativo a lo pedido, configurándose en consecuencia un acto administrativo ficto rechazando el reconocimiento de la pensión.

Pero además, el código en el artículo 60,¹²² establece la ocurrencia del silencio administrativo cuando no se decide un recurso, diciéndonos que,

¹²¹ ART 40.—Silencio negativo. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.

¹²² ART 60.—Silencio administrativo. Transcurrido un plazo de dos (2) meses contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.

El plazo mencionado se interrumpirá mientras dure la práctica de pruebas.

transcurrido un plazo de 2 meses contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación, sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa, tal como está estableciendo por la ley.

Si por ejemplo, CAJANAL reconoce una pensión de jubilación por un monto demasiado pequeño y estando el particular en desacuerdo, este interpone recurso de reposición para que se aumente el valor de la pensión; si pasados 2 meses desde la interposición del recurso CAJANAL no se pronuncia, entonces se entenderá que está negando la re liquidación de la pensión.

12. ACTOS ADMINISTRATIVOS SIMPLES Y COMPLEJOS

Al hablar de esta clase de actos administrativos, estamos haciendo referencia al número de sujetos que intervienen en su formación.

La mayoría de los casos, es un funcionario competente quien a nombre de la administración manifiesta su voluntad en un acto administrativo, tratándose de un acto simple porque una persona en ejercicio de su competencia fue el que lo profirió. Así, cuando el Presidente a la República nombra a un funcionario, hace su manifestación de voluntad para que se produzcan efectos en derecho, sin la necesidad de la intervención de otras autoridades.

No obstante, hay veces que en el ejercicio de la actividad administrativa deben convergir e intervenir diferentes competencias administrativas ejercidas por varias autoridades o funcionarios para que se configure debidamente la voluntad administrativa, y es cuando hablamos de la existencia de un acto administrativo complejo requiriéndose de la conjunción de las voluntades de diferentes autoridades administrativas para que se pueda conformar el acto administrativo.

Es el caso, por ejemplo, de los estatutos de los establecimientos s, los cuales deben ser aprobados por su junta o consejo directivo como manifestación de su autonomía en el marco de la descentralización administrativa; sin embargo, para que esos estatutos puedan entrar en el mundo jurídico, y producir efectos en derecho, según la Ley 489 de 1998, requieren de la aprobación del Gobierno Nacional; ahí estamos en presencia de un acto administrativo complejo, ya que, para entrar a producir efectos los estatutos del establecimiento , se requiere de la intervención de

La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1º no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

la voluntad de dos autoridades, estos son, la de la junta del establecimiento que aprueba sus propios estatutos, la del Presidente de la República y del Ministro al que esté adscrito o vinculado el establecimiento quienes tienen que aprobarlos para que puedan entrar en vigencia.

También se ha considerado como un acto administrativo complejo, aquel que además tiene el carácter de definitivo al poner fin a la solución de la vía gubernativa cuando procede el recurso de apelación. Por ejemplo, cuando hay una petición de un particular y un funcionario subalterno toma la decisión resolviéndola a través de un acto administrativo contra el cual proceden los recursos de reposición y de apelación; el particular presenta el de reposición ante el mismo funcionario, pero este ratifica su primera decisión, por lo que el particular interpone el de apelación ante el superior jerárquico quien profiere otro acto administrativo confirmando o revocando la decisión del subalterno.

Frente a la decisión del superior, estaremos en presencia de un acto administrativo complejo, ya que intervinieron frente a una misma situación jurídica el subalterno y su superior jerárquico, siendo este quien profiere el acto definitivo.

Este tema del acto administrativo complejo tiene consecuencias prácticas respecto a la escogencia del acto administrativo que se tendría que demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Es motivo de duda saber qué acto se va a demandar, si el expedido por el subalterno, el del superior, los dos, o si sólo se demanda el último que resolvió el recurso de apelación. Y es el artículo 138¹²³ del CCA quien nos da luz sobre esta situación, al decir que si el acto fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero que si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión. Lo que la norma nos quiere dar a entender es que si el acto del subalterno fue revocado quedando sin efectos, y además, la decisión del superior es favorable al interesado pues no habría que demandar; pero si, el primer acto favorable al interesado es revocado el último acto, pues este debe demandar es este último. Pero si, el acto administrativo primigenio fue confirmado, modificado o adicionado en desmedro de los intereses del

¹²³ ART 138.—Subrogado. D.E. 2304/89, ART 24. Individualización de las Pretensiones. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero sí fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.

administrado, pues este tiene que demandar los dos actos; el primero porque sigue siendo válido a pesar de haber sido modificado o confirmado, y el segundo, porque es el que lo confirmó o modificó.

13. EXTINCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Me pregunto, ¿Hasta cuándo producen efectos los actos administrativos? Por norma general y fundada en principios del derecho administrativo, los actos administrativos producen efectos hacia futuro, es decir, que no pueden tener efectos retroactivos, esto es que no puede desconocer derechos consolidados con anterioridad a su expedición. Si decimos que los actos administrativos son obligatorios, producen efectos desde el momento de su notificación o publicación, necesariamente sus efectos son hacia al futuro y no retroactivos porque se le estaría dando a conocer a los particulares un acto administrativo a que podría afectar situaciones jurídicas ya consolidadas o extinguidas, en desmedro, nuevamente, de los derechos constitucionales de contradicción y defensa. Por consiguiente, los actos administrativos por regla general rigen hacia futuro y no tienen efectos retroactivos.

Sabiendo desde cuándo y hacia donde rigen los efectos del acto administrativo, cabe preguntarse ahora, ¿hasta cuando se producen esos efectos? Podemos dar como primera respuesta a ese interrogante que, los efectos de un acto dependen según el contenido del mismo.

13.1 EXTINCIÓN EN RAZÓN DE SU CONTENIDO

El acto administrativo expira en razón de su contenido porque ya se produjeron los efectos buscados con su expedición, o porque si el acto estaba sometido a término o condición, esta o aquella se cumplieron. Es decir, al cumplir el acto su función dentro del mundo jurídico, pierde su razón de ser, para lo que fue hecho, por consiguiente deja de tener relevancia para el ordenamiento jurídico.

13.2 POR CUMPLIMIENTO DE SUS EFECTOS

La expiración en razón a que los efectos buscados por el acto se cumplieron, lo podemos ver claramente en el ejemplo de un alcalde que concede permiso para realizar una manifestación pública en la ciudad; ¿Cuándo expira ese acto? Pues cuando se termine de realizar la manifestación, porque ya se produjeron los efectos jurídicos buscados con la expedición del acto administrativo, esto es, permitir a un grupo de particulares realizar determinada actividad en un sitio. Al terminarse esa actividad para la cual se expidió el acto, éste expira en razón de su propio contenido porque ya se produjeron los efectos buscados con su expedición.

13.3 POR CUMPLIMIENTO DE UN TÉRMINO O CONDICIÓN

Puede llegar a tratarse de un acto que se extinga por el cumplimiento de un término o condición establecido dentro de su contenido. Por consiguiente, debemos tener claro estos conceptos:

Término: Es un hecho futuro y objetivamente cierto. El nombramiento de cierto funcionario será hasta el 12 de agosto de 2015, por consiguiente, ese acto administrativo tendrá efectos hasta esa fecha, la cual, es futura y se tiene la certeza de cuándo va a llegar, a partir de la cual el acto saldrá del mundo jurídico.

Condición: Es un hecho futuro y objetivamente incierto. Por ejemplo, el acto administrativo de toque de queda tendrá efectos hasta que las circunstancias de orden vuelvan a la normalidad, por consiguiente, respecto a ese acto administrativo no se sabe hasta cuándo producirá efectos, ya que el orden se puede normalizar en dos horas o tres días. Se trata de esperar la llegada de un momento futuro del que no se tiene certeza cuándo va a llegar, y en el momento que llegue el acto administrativo de toque de queda saldrá del mundo jurídico, porque no puede existir toque de queda en situación de normalidad.

La primera figura a través de la cual se extinguen los actos administrativos es en razón de su contenido en tres eventos:

1. Porque ya se produjeron los efectos buscados con su expedición.
2. Porque estaba sometido a un término que se cumplió.
3. Porque estaba sometido a una condición que se cumplió.

13.4 EXPIRAN POR DECISIÓN PROPIA DE LA ADMINISTRACIÓN

Aparentemente resulta contradictorio que un acto administrativo proferido para que produzca unos determinados efectos en derecho, la misma administración luego lo impida. Pero resulta posible que la misma administración encuentre esto necesario, ya sea por razones de legalidad o por razones de conveniencia u oportunidad.

Sin embargo dependiendo de si se trata de un acto de carácter general o particular, la administración echará mano de las herramientas o instituciones jurídicas que le permitan evitar la producción de los efectos, en principio, buscados por ella.

14. ACTOS DE CONTENIDO GENERAL

14. 1 DEROGATORIA

Cuando se trata de un acto de carácter general, la figura que utiliza la administración para dejarlo sin efectos es la derogación del acto administrativo; ella misma lo deroga, esto es, declara sin vigencia la totalidad del acto, o algunas disposiciones ya sea de manera tácita porque existe incompatibilidad con un acto anterior, saliendo este del ordenamiento jurídico, o porque expresamente la nueva disposición ordena la derogación de otro acto administrativo.

Por ejemplo, los Decretos Reglamentarios, es decir, aquellos que reglamentan las Leyes, por tratarse de actos de contenido general entran en vigencia desde su publicación. Como normalmente tienen un contenido similar al de las Leyes producen sus efectos de manera indefinida porque en su contenido no tienen ni término ni condición, al igual que las leyes.

La terminación en el tiempo de sus efectos puede llegar a darse en razón de una causa exógena, esto es, al depender su vigencia en función de la Ley a la que reglamentó, mientras está no sea derogada o modificada por otra Ley el Decreto Reglamentario seguirá vigente. Si la Ley sigue vigente, el Decreto Reglamentario también, pero si, la Ley es derogada por otra Ley, el Decreto Reglamentario saldrá automáticamente del mundo jurídico ya que la materia que reglamentaba ya no existe.

Pero también los efectos del acto general pueden fenecer por una causa endógena, es decir, por la derogatoria que hace la misma administración de su propia manifestación de voluntad. Por ejemplo, el Presidente de la República encuentra que hay un Decreto Reglamentario por él proferido que viola derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que válidamente puede derogarlo, ya sea diciendo expresamente deróguese tal Decreto, o puede hacerlo tácitamente a través de uno nuevo que deje sin piso o contravenga lo dispuesto en uno anterior, sacándolo, por simple hermenéutica del mundo jurídico.

Esto lo puede hacer el Presidente sin el cumplimiento de ningún requisito adicional que exija la Ley; la autoridad administrativa puede dejar sin efectos sus actos de carácter general en cualquier momento por su propia decisión a través de la institución jurídica de la derogatoria.

15. ACTOS DE CONTENIDO PARTICULAR

15.1 REVOCATORIA POR VÍA GUBERNATIVA

Para que la administración pueda ejecutar los efectos de un acto administrativo de carácter particular, éste tiene que estar en firme; y ¿qué se necesita para que el acto quede en firme y pueda empezar a producir efectos? Como lo veíamos, se debe notificar personalmente al interesado, diciéndole cuáles recursos proceden contra el acto.

Por consiguiente, contra los actos administrativos de carácter particular proceden, los recursos de reposición y el de apelación, salvo las excepciones legales, éste último, si el funcionario quien lo profirió tiene superior jerárquico.

Es lo que se denomina recursos de la vía gubernativa, los cuales se interponen antes que el acto quede en firme. En estos casos, la autoridad puede revocar sus actos cuando los particulares así se lo soliciten a través del ejercicio de estos recursos. Por ejemplo, cuando el administrado no está de acuerdo con un acto administrativo, interpone recurso de reposición pidiéndole al funcionario que lo expidió la revocatoria de ese acto, ya sea esgrimiendo razones de legalidad, por violar una norma superior, o simplemente, por razones de conveniencia u oportunidad. El interesado, tendrá 5 días para interponerlo. Si lo interpone, significa que el acto no ha empezado a producir efectos porque no ha quedado en firme y por tanto no es ejecutable¹²⁴. Entonces, para que un acto administrativo esté en firme tiene que, procediendo los recursos de la vía gubernativa, o no se propusieron, o habiéndose interpuesto ya se decidieron. En otras palabras, la administración al tener que decidir los recursos de la vía gubernativa, puede revocar su propio acto en virtud de la solicitud del administrado, y al resolverlos puede decir que revoca su acto administrativo impidiendo la producción de los efectos para los cuales ella misma lo había expedido.

16. REVOCATORIA DIRECTA

Puede suceder que la administración profiera un acto administrativo, y este quede en firme, ya sea porque contra el no proceden los recursos de la vía gubernativa o porque interpuestos ya se decidieron sin revocarlos, entrando a producir plenamente los efectos para los que fue expedido. Sin embargo, la administración después por determinadas circunstancias procede a sacarlo del mundo jurídico terminando de paso con sus efectos.

¹²⁴ Con base en esto, podemos decir que no es posible hablar de efectos retroactivos de la decisión que resuelve el recurso, porque el acto administrativo en razón a la interposición del recurso nunca ha podido empezar a surtir efectos.

En este caso, el CCA en los artículos 69¹²⁵ y siguientes, establece otra figura que denomina revocatoria directa de los actos administrativos. Se brinda la posibilidad que los actos administrativos, a pesar de estar cumpliendo sus efectos, sean revocados de oficio o a solicitud de parte por la misma autoridad que los expidió cuando exista manifiesta oposición a la Constitución Política, sean inconformes con el interés social o atenten contra él, ó que con ellos se esté causando agravio injustificado a una persona. Adviértase que la institución de la revocatoria directa, permite que la administración de oficio, es decir, por si y por ella misma, sin que intervenga nadie para decírselo, saque del mundo jurídico un acto suyo, en razón a que el mismo código establece como obligación revocarlo si se dan las circunstancias anteriormente anotadas. Es decir, no tiene que esperar que el particular le haga la solicitud de que revoque el acto administrativo, sino que directamente tiene la obligación.

Sin embargo, existe la posibilidad de que los particulares, si advierten que ocurre alguna de las causales del artículo 69 del CCA, también puedan solicitar la revocatoria directa. Así, aparte de los recursos de reposición y apelación —que ya vimos en la revocatoria por vía gubernativa— también tienen la posibilidad de solicitar a la administración que revoque directamente un acto administrativo. No obstante, el código en su artículo 70¹²⁶ limita esta opción de los particulares. Al establecer que no podrá pedirse la revocatoria directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercido los recursos de la vía gubernativa. La razón de esta limitante es que la revocatoria directa es una figura extraordinaria, especial, diferente a los recursos que ordinariamente proceden contra los actos administrativos, por lo cual, no puede ser vista como un tercer recurso para los que fracasaron en el intento de la revocatoria por vía gubernativa.

Luego el artículo 71¹²⁷ del CCA establece que la revocatoria directa puede decretarse en cualquier momento, ya que la administración está en la obligación de revocarlo si advierte que se configura alguna de las causales

¹²⁵ ART 69.—Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

¹²⁶ ART 70.—Improcedencia. No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa.

¹²⁷ ART 71.—Oportunidad. La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

del artículo 69. Si esto es así, a primera vista se advierte lo grave que sería si la administración en cualquier momento pudiera dejar sin efectos sus propios actos de contenido particular, y por ejemplo, cinco años después de haber reconocido un derecho mediante un acto administrativo, lo pudiera revocar sin ninguna protección al interesado, por lo que debe existir algún límite para la administración.

Pues bien, el artículo 74¹²⁸ del CCA exige el deber de comunicar al particular cuando la actuación administrativa iniciada de oficio pueda afectarlo en forma directa, siendo necesario el trámite de la notificación personal para darle a conocer la existencia de un procedimiento administrativo. De nuevo se busca garantizar al interesado el derecho de defensa y al debido proceso, remitiéndose a lo consagrado en el artículo 28¹²⁹ del Código. Pero además, el artículo 73¹³⁰ complementa lo anterior, estableciendo la necesidad del consentimiento expreso y escrito del particular afectado para que la administración pueda revocar el acto administrativo, como mecanismo de protección jurídica para el administrado.

Sin embargo, luego, el mismo artículo 73 agrega la posibilidad de que la administración pueda revocar un acto administrativo sin el consentimiento del particular afectado, y es el caso de los actos que se configuran en aplicación del silencio administrativo positivo si se dan las causales previstas en el artículo 69 del Código, o si fuere evidente que el acto fue

¹²⁸ ART 74.—Procedimiento para la revocación de actos de carácter particular y concreto. Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este código. En el acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo se ordenará la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo 42 y se ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias correspondientes.

El beneficiario del silencio que hubiese obrado de buena fe, podrá pedir reparación del daño ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo si el acto presunto se revoca.

¹²⁹ ART 28.—Deber de comunicar. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.

¹³⁰ ART 73.—Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

proferido por medios ilegales. Por ejemplo, si se reconociera una pensión por parte de la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- con base en registros civiles de nacimiento falsos aportados por los interesados para mostrar que ya habían cumplido con el requisito de edad para que les fuera reconocida, estaríamos frente a una decisión proferida con base en medios ilegales de prueba de la edad de los peticionarios, quedando facultada CAJANAL para revocar directamente y sin consentimiento del particular el acto administrativo por medio del cual reconoció una pensión.

17. EXPIRAN POR CONTROL JUDICIAL

Nos encontramos ahora con que los efectos de los acto administrativo también pueden terminar ya no por decisión de la propia administración sino por el control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en razón del sometimiento de la función administrativa al principio de legalidad¹³¹. Sucede pues que, un juez totalmente independiente puede juzgar la legalidad de un acto administrativo, cuya decisión va a permitir que el acto produzca o no los efectos jurídicos para los cuales fue creado. Entonces, la labor del juez va a ser la de establecer por medio de un juicio de valor si el acto administrativo está de acuerdo o no con el ordenamiento jurídico, si es válido o no, y en consecuencia si debe producir efectos o no.

Recordemos que un juicio de esta naturaleza, en virtud del atributo de presunción de legalidad de los actos administrativos, no puede hacerse de oficio por el juez, necesitándose de la petición de alguien que quiera desvirtuar dicha presunción a través de diferentes medios probatorios y fundamentos fácticos y jurídicos que convengan al juez de sacar del mundo jurídico al acto administrativo. Es decir, no es un control automático, si no impulsado por los particulares al ejercer las acciones judiciales de que son titulares. ¿Y qué es la acción? Es el instrumento que todos los ciudadanos tienen para acudir ante un juez competente y decirle “Señor juez, la administración profirió un acto que desconoce el principio de legalidad, al ser expedido por un funcionario incompetente, o incumpliendo los requisitos de forma o en desviación de poder o falsa motivación”. Es decir por haberse proferido el acto sin cumplir uno o varios de los elementos estructurales del acto administrativo, violando por consiguiente el principio de legalidad que debe regir todas las actuaciones de la administración, por consiguiente se solicita la declaración de nulidad de ese acto.

También debemos mencionar la institución de la suspensión provisional, prevista en el artículo 152¹³² del CCA que permite al juez administrativo

¹³¹ No confundir, principio de legalidad con presunción de legalidad.

¹³² ART 152.—Subrogado. D.E. 2304/89, ART 31. Procedencia de la Suspensión. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

suspender un acto provisionalmente mientras estudia su legalidad, y profiera una sentencia que diga si anula o no el acto. Al comienzo es posible que el juez apoyado en varios elementos de juicio suspenda provisionalmente, para luego, si se desvirtúa la presunción, se anule el acto administrativo y terminen definitivamente los efectos jurídicos buscados por quien lo expidió.

EXTINCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS			
ORIGEN		RAZONES	OPORTUNIDAD
Por su contenido		Producción de los efectos buscados	Según el acto
		Cumplimiento del término a que estaba sometido	Según el acto
		Cumplimiento de la condición a que estaba sometido	Según el acto
Por decisión propia de la administración	Derogatoria de un acto de carácter general	Por razones de legalidad y conveniencia	En cualquier momento
	Revocatoria por vía gubernativa	Por razones de legalidad y conveniencia	Antes de quedar en firme el acto
	Revocatoria directa	Por oposición a la constitución, al interés social, o agravio injustificado a una persona	En cualquier momento, previo permiso del particular, o sin permiso en caso del silencio administrativo positivo o si el acto se profirió por medios ilegales
Por decisión judicial	Declaración de nulidad hecha por juez	Por vulnerar el principio de legalidad de las actuaciones administrativas	Según los términos judiciales

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

EVALUACIÓN DEL CAPITULO:

Ejercicio de trabajo en equipo.

Redacte Un acto administrativo de carácter General y uno de carácter Particular.

Cuestionario Individual

1. Defina el acto administrativo
2. Diga que actos administrativos se notifican y cuales se publican
3. Diga cuando opera el silencio administrativo
4. Indique las clases de silencio administrativo
5. Explique en qué consiste la discrecionalidad y como se aplica.
6. Diga en qué consiste la derogatoria de un acto administrativo y su diferencia con la revocatoria por vía gubernativa o la revocatoria directa.
7. Cuando se extinguen los actos administrativos?
8. Cuando se dice que un acto administrativo es de servicio y cuando no?

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

INTRODUCCION

A través del presente capítulo desarrollamos la parte dinámica de las actuaciones de la administración, la cual se funda en las reglas que se encuentran contenidas en el código contencioso administrativo, disposiciones legales complementarias y reformadoras del código.

La dinámica de la administración se ve impulsada, no solo por el accionar de la misma cuando ella es movida por el ciudadano a través del derecho de petición, sino además a través del cumplimiento de obligaciones legales o de oficio por las autoridades.

Hace el equilibrio el accionar administrativo, cuando el ciudadano y la administración se sincronizan en esta dinámica, el uno para atender la demanda ciudadano en la prestación de los servicios a cargo del estado, el otro por el cumplimiento de la ley y el respeto por el orden jurídico, funda dado en sus actuaciones sometidas al Estado social de derecho.

OBJETIVOS

1. Con el presente capítulo el estudiante, tendrá la oportunidad de conocer las actuaciones de la administración, originadas en el ejercicio del derecho de petición, del cumplimiento de un deber legal u oficiosamente.
2. El Estudiante, no solo podrá comprender, el ejercicio de un derecho si no la forma de gestionar la prestación de servicios.

1. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS:

La actuación de la administración se mueve por las acciones de los ciudadanos, cuando obra en cumplimiento de la ley u oficiosamente, estas actuaciones de parte de la administración provienen de suyo del ejercicio real de derechos los ciudadanos que provienen de garantías consagradas en la Constitución Política de Colombia e impulsan el accionar de la misma, en esa opción ya no meramente garantistas si no plasmadas en el plano jurídico de la concepción de un estado Social de Derecho que actualizan el código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1.984). ().

1.1A propósito del código contencioso administrativo, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos. “ la expedición del primer Código Contencioso Administrativo en Colombia, contenido en la Ley 130 sancionada el 13 de diciembre de 1913, el cual reguló la composición de la jurisdicción contenciosa administrativa, las competencias del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, las atribuciones del Ministerio ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y las reglas para el trámite de los diferentes procesos ante dicha jurisdicción, como los derivados de las acciones de nulidad contra las ordenanzas de las asambleas departamentales o de los acuerdos y otros actos de los concejos municipales; la revisión de los actos del Gobierno o de los ministros que no correspondieran a la Corte Suprema de Justicia; de los asuntos relativos a la verificación contencioso-administrativa del presupuesto en los términos prescritos por el Código Fiscal; del trámite y decisión de los juicios sobre suministros, empréstitos y expropiaciones; de los de pensiones y recompensas militares; sobre definición de competencias; sobre impuestos y demás controversias a cargo de la citada jurisdicción.

Un año después, esto es, hace 89 años, el Acto Legislativo No. 1 del 10 de septiembre de 1914, le atribuyó al Consejo de Estado, que ya había sido restablecido por el Acto Legislativo No. 1 de 1910, desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley, lo mismo que actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y la ley determinaran.

Como complemento de lo anterior, la Ley 60 del 5 de noviembre de 1914, orgánica del Consejo de Estado, reguló su composición y estructura en tres Salas: La Sala de Negocios Generales, la Sala de lo Contencioso Administrativo, que tendría a su cargo todo lo relativo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la Sala Plena o Consejo Pleno. Dicha Ley determinó que desde el día en que empezara a funcionar el Consejo de Estado, lo que ocurrió el día de su instalación cumplido el 17 de diciembre de 1914, quedaría suprimido el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Igualmente, con la Ley 25 del 2 de agosto de 1928,

reformatoria de la Ley 130 de 1913, se crearon los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo¹³³.

1.2 El segundo Código Contencioso Administrativo colombiano se expidió el 24 de diciembre de 1941, hace 62 años, al sancionarse la Ley 167 de ese año, “sobre organización de la jurisdicción contenciosa administrativa”¹³⁴, el cual de nuevo reguló la composición de la jurisdicción ejercida por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos¹³⁵; las competencias de una y otras corporaciones judiciales; la intervención del ministerio; los medios de control judicial de la actividad administrativa; de los procedimientos administrativos pero sólo a partir de la notificación de las decisiones y de la vía gubernativa; de los procesos contencioso administrativos –ordinario y especiales también llamados juicios especiales, sobre competencias en materia de facultades administrativas; sobre competencias de jurisdicción; sobre revisión de las cartas de naturaleza expedidas por el Presidente de la República; sobre pensiones, recompensas, sueldos de retiro, jubilaciones y otros reconocimientos; juicios de cuentas; juicios electorales; revisión de los contratos de la administración; indemnizaciones por trabajos; y, juicios sobre impuestos; de la suspensión provisional y del cumplimiento y ejecución de los fallos judiciales.

1.3 Dicho Código fue reformado y complementado primero por el Decreto 2733 de 1959¹³⁶, mediante el cual se reglamentó el ejercicio del derecho de petición previsto en la Constitución Política con el objeto de garantizar su efectividad; se dictaron normas sobre procedimiento administrativo a partir de la adopción de las decisiones administrativas, su notificación y recursos en sede gubernativa; y, finalmente se reguló la revocación directa de los actos administrativos por las causales y conforme al procedimiento allí señalado¹³⁷. Posteriormente, el Código Contencioso Administrativo fue reformado y complementado por el Decreto 528 de 1964, la Ley 50 de 1967 y la Ley 11 de 1975.

1.4 La Ley 58 de 1982¹³⁸, modificó el Decreto 2733 de 1959, consagró los principios y fines de la actuación administrativas y confirió facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para modificar el Código Contencioso

¹³³ Inicialmente 14 Tribunales Administrativos: Los de Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena, Cúcuta, Ibagué, Manizales, Medellín, Neiva, Pasto, Popayán, Santa Marta y Tunja.

¹³⁴ Redactada por el mismo Consejo de Estado, con la participación activa de dos eminentes juristas de la época, los doctores Ramón Miranda y Tulio Enrique Tascón.

¹³⁵ En esta ley se determinó que habría un Tribunal Administrativo por cada Departamento, con residencia en la capital respectiva.

¹³⁶ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958 para reorganizar la administración pública.

¹³⁷ En su elaboración participaron activamente los profesores Eustorgio Sarria y Gilberto Londoño.

¹³⁸ El Gobierno Nacional solicitó tales facultades por cuanto ya contaba con los trabajos de una Comisión Asesora para reformar el Código, la cual estuvo integrada por el doctor Gustavo Humberto Rodríguez, quien la presidió y los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro León Cajiao, Rodrigo Noguera Laborde, Manuel S. Urueta y Humberto Velásquez.

Administrativo contenido en la Ley 167 de 1941, los Decretos 2733 de 1959 y 528 de 1964, la Ley 11 de 1975 y demás disposiciones complementarias, todo con el objeto de dictar normas de acuerdo con los principios contenidos en dicha Ley en materia de procedimiento gubernativo y revocación directa de los actos administrativos; determinar un régimen de responsabilidad civil de los empleados oficiales en razón de sus actuaciones u omisiones de carácter administrativo; redistribuir las funciones entre el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos; regular la comparecencia de las entidades de derecho en los procesos contenciosos, de funcionarios y particulares que deben estar vinculados a ellos, y la actuación del Ministerio en los mismos, de manera general y en especial de los casos de responsabilidad y de contratos; establecer el sistema de excepciones e incidentes y de pruebas, así como el de los recursos ordinarios y extraordinarios y del grado de consulta que procedieran contra autos y sentencias; revisar el procedimiento ordinario para adecuarlo a las nuevas tendencias procesales y los procedimientos especiales para suprimir o unificar; determinar el régimen de impugnación de sus propios actos por la administración; dictar normas para la ejecución de los fallos y definir las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo.

1.5 Luego de un amplio trabajo cumplido por la Comisión Asesora del Gobierno creada por la Ley 58 de 1982¹³⁹, de un “grupo auxiliar”¹⁴⁰ y de una “subcomisión del Gobierno”¹⁴¹ encargada por éste para redactar el texto definitivo del Código, se expidió el Decreto 01 del 2 de enero de 1984, “por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”.

1.6 De esta manera, el 1 de Enero de 2004, se cumplieron veinte años de la promulgación del tercer Código Contencioso Administrativo ahora contenido en el Decreto 01 de 1984, el cual entró a regir a partir del primero (1°) de Marzo de ese año y el que posteriormente ha sido modificado por los Decretos 2288 y 2304 de 1989, y las Leyes 270 de 1996 y 446 de 1998. Próximo a cumplir dos décadas de vigencia, corresponde hacer una evaluación acerca de su eficacia.

En lo referente a las actuaciones de la Administración Pública debemos señalar que el Código contencioso Administrativo definió como fórmula

¹³⁹ La Comisión Asesora creada por la Ley estuvo integrada por el Ministro de Justicia, quien la presidió (actuaron en su orden los Doctores Bernardo Gaitán Mahecha y Rodrigo Lara Bonilla); el Doctor Hugo Palacios Mejía, Gerente General del Banco de la República quien actuó como delegado del Señor Ministro de Justicia; los H. Senadores Hugo Escobar Sierra y Jaime Castro; los H. Representantes a la Cámara, Benjamín Ardila Duarte y Alfonso Campo Soto (designados por las mesas directivas de las respectivas Comisiones Primeras Constitucionales); los H. Consejeros de Estado Humberto Mora Osejo, por la Sala de Consulta y Servicio Civil y Jorge Valencia Arango, por la Sala de lo Contencioso Administrativo; y, por los profesores de derecho administrativo –y también Consejeros de Estado- designados por la Academia Colombiana de Jurisprudencia Carlos Betancur Jaramillo y Gustavo Humberto Rodríguez; también intervino el Doctor Jaime Vidal Perdomo, como Asesor del Ministro de Justicia.

¹⁴⁰ El cual estuvo conformado por los doctores Consuelo Sarria Olcos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Camilo Vargas Ayala, con la colaboración del doctor Enrique Arboleda.

¹⁴¹ Compuesta por el Ministro de Justicia, Doctor Rodrigo Lara Bonilla, la Secretaria Jurídica de la Presidencia Dra. Lilian Suárez Melo y los Doctores Jaime Vidal Perdomo y Hugo Palacios Mejía.

impulsora de las actuaciones administrativas un catálogo de hipótesis jurídicas que sirven a manera de marco referencial, por quienes ejercitan el derecho de petición en interés general y particular, obrar en cumplimiento de un deber legal y las autoridades oficiosamente.

2. CLASES DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

En los términos del código contencioso Administrativo y a instancias de éste se definen las clases de actuaciones administrativas, entre las cuales tenemos las siguientes:

2.1 Las actuaciones administrativas podrán iniciarse:

2.1.1. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general.

2.1.2 Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular.

2.1.3 Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal.

2.1.4. Por las autoridades, oficiosamente.

3. EL DERECHO DE PETICION

3.1 Régimen Constitucional

La Constitución de 1886 en Colombia consagró la institución del Derecho de petición en el artículo 45. La Constitución de 1.991, consagró el derecho de petición no solo como derecho garantía, si no como derecho fundamental, en el ámbito del Estado social de derecho, otorgándole al ciudadano facultades que incluso permiten acudir ante los particulares, en ejercicio del derecho,

El Derecho de petición, es un derecho constitucional, que permite a los ciudadanos,

“Dirigir peticiones a los poderes s que señalen las leyes sobre las materias de su competencia. Se caracteriza por las siguientes notas:

1.- Limitaciones en cuanto al sujeto pasivo,

2.- las peticiones se pueden dirigir a los poderes s y sólo a determinados poderes s.

3.- Se refiere sólo a las peticiones que los ciudadanos dirigen a esos poderes, no a las que éstos puedan dirigir a los demás ciudadanos o personas físicas o jurídicas privadas, lo que excluye las peticiones estrictamente privadas como pueden ser los requerimientos.

*4.- Las peticiones deben ser dirigidas a las autoridades determinadas por la ley. En cuanto a la materia: deben estar dentro del ámbito de las competencias del órgano atribuidas por el ordenamiento”.*¹⁴²

Teniendo como referencia el texto de Patricia Canales Virginia Roseau, es importante señalar que el derecho de petición, no es el único mecanismo que sirve para dirigir peticiones a los poderes s, también se encuentran la acción y la denuncia.

En cuanto al primero, se puede decir que *“para ejercitar el derecho de acción se exige ser titular de derechos o intereses legítimos, y para ejercitar el derecho de petición se exige lo contrario, esto es, no ser titular de derechos o intereses legítimos (...).*

*Por otra parte, no cabe confundir las peticiones con los recursos administrativos, ya que éstos pretenden anular o reformar los actos administrativos, esto es, impugnar un acto, mientras que las peticiones lo que pretenden es provocarlos o producirlos, y menos aún con un recurso administrativo extraordinario, por lo que el derecho de petición no puede ser utilizado para dejar sin efecto actos administrativos que, siendo susceptibles de recursos, no fueron impugnados. Tampoco pueden confundirse las peticiones con las reclamaciones en vía administrativa previas al ejercicio de acciones civiles y laborales, ya que en este caso se está ante un presupuesto procesal fundamentado en un derecho subjetivo o en un interés legítimo lesionado”*¹⁴³.

Andrés Atahualpa Pérez, realiza una otra distinción, al cual reproducimos a continuación:

3.1.1“Quejas: cuando se pone en conocimiento de las autoridades conductas irregulares de empleados oficiales o de particulares a quienes se ha atribuido o adjudicado la prestación de un servicio.

3.1.2 Reclamos: cuando dan a las autoridades noticias de la suspensión injustificada o de la presentación deficiente de un servicio.

3.1.3Manifestaciones: cuando hacen llegar a las autoridades la opinión del peticionario sobre una materia sometida a actuación administrativa.

¹⁴² CANALES, Patricia. LOISEAU, Virginia: EL DERECHO DE PETICIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y EN LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS Y FRANCIA. Sección Estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago de Chile, Chile. 2003.

¹⁴³ CANALES, Patricia. LOISEAU, Virginia: EL DERECHO DE PETICIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y EN LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS Y FRANCIA. Sección Estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago de Chile, Chile. 2003.

3.1.4 Peticiones de informaciones: cuando se formulan a las autoridades para que éstas, den a conocer y cómo han actuado en un caso concreto y permitan el examen de documentos s que tienen en su poder.

*3.1.5 Consultas: cuando se presentan a las autoridades para que manifiesten su parecer sobre materias relacionadas con sus atribuciones”.*¹⁴⁴

En este punto debo resaltar que las peticiones tienen una naturaleza eminentemente diferenciada de las manifestaciones, quejas y reclamos, lo que no significa, sean excluyentes o indiferentes, son formas complementarias del accionar promovido por el ciudadano o facilitado por la administración.

Ahondando un poco más sobre el derecho de petición, es posible decir que existen diferentes tipos de peticiones, las cuales pueden hacer referencia a actividades diferentes para el ordenamiento jurídico. Entre otras clasificaciones se encuentran: Peticiones de interés particular: derecho abierto a todos los hombres. Y Peticiones de interés general, derecho político reservado sólo a los ciudadanos.

3.2. El Derecho de petición en el derecho comparado

En el derecho comparado debemos reseñar varios aspectos a tener en cuenta que permiten reafirmar la valía de la institución jurídica, como el ejercicio del derecho aquí representado.

En cuanto a la comparación en los diferentes contextos jurídicos, es importante resaltar que es consagrado vía constitucional, puede reseñarse sin embargo cómo se garantiza a través de las diferentes constituciones dicho derecho:

*3.2.1 Constitución Política de Argentina: “Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber:...**de petitionar a las autoridades...**”.*

3.2.2 Alemania: El derecho de petición se encuentra contemplado dentro de la constitución de los alemanes como un derecho fundamental, al cual pueden acudir todos los ciudadanos para formular peticiones o reclamos así: “Artículo 17. Toda persona tiene el derecho de presentar individual o colectivamente, por escrito, peticiones o reclamaciones a las autoridades competentes y a los órganos de representación del pueblo”.

3.2.3 Constitución Política de Brasil: “Artículo 5... Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a

¹⁴⁴ ATAHUALPA PÉREZ, Andrés. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN Cátedra Derecho constitucional colombiano Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

“XXXIII - todos tienen derecho a recibir de los órganos s informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán facilitados en el plazo señalado en la ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado;

“XXXIV - quedan garantizados a todos, sin necesidad del pago de tasas:

- a. el derecho de petición ante los Poderes s en defensa de derechos o contra la ilegalidad o el abuso de poder;
- b. la obtención de certificaciones en oficinas públicas para la defensa de derechos y el esclarecimiento de situaciones de interés personal;”

3.2.4 *Constitución de Chile: Capítulo III Derechos y Deberes. “Artículo 19. La Constitución asegura a todos el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”*

3.2.5 *Constitución de Costa Rica: “Artículo 27. Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución”*

3.2.6 *Italia: En este país éste derecho, se encuentra consagrado en la Constitución Política dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos. “Artículo 24 Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantiza a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales” Por su parte, el artículo 50 de la misma constitución dispone: “Todos los ciudadanos pueden dirigir peticiones a las cámaras solicitando medidas legislativas o exponiendo sus necesidades”.*

3.2.7 *Constitución Política de México: El derecho de petición es una garantía individual que se encuentra definida en el artículo 8 de la Constitución según el cual, “Artículo 8. Los funcionarios y empleados s respetaran el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política solo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la república. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario”.*

Sobre toda petición debe recaer la respuesta de la autoridad, este derecho es un instrumento fundamental para vincular a la ciudadanía con bienes y servicios s. En cuanto a la forma operan los mecanismos de respuesta electrónica, de tal manera que todas las comunicaciones que se deriven de este mecanismo electrónico se encuentran enmarcadas en el ejercicio del derecho de petición y permite una mejor y más rápida atención.

3.2.8 *Constitución Política de Venezuela: “Artículo 51.- Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo.”¹⁴⁵*

3.2.9 *En España: En la Constitución Española el Derecho de Petición se encuentra reconocido en el artículo 29; La ley Orgánica 4 de 2001, regula el Derecho de Petición en el Derecho Español. En este sistema jurídico el manejo de la Institución, ha presentado similares problemas en su aplicación a los encontrados en nuestro país, de ahí, que para armonizar la figura con los fines Constitucionales en el año 2001 se profirió la ley orgánica No 4 con tal finalidad.*

3.2.10 *En Uruguay: La Constitución de la república de Uruguay dispone en el artículo 30 “Art. 30. Todo habitante tiene derecho de petición para ante todas y cualesquiera autoridades de la República.”... (Tomado de la Constitución de la República de Uruguay).*

3.2.11 *En Colombia: La Constitución Política de Colombia dispone:*

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

Por su parte, la reglamentación del derecho de petición se encuentra desarrollada en el código Contencioso Administrativo, decreto 01 de 1.984, el cual clasifica el derecho en cuanto a su contenido, es posible decir que este se identifica, por una parte, con la facultad de formular la petición sin que de ello pueda derivarse perjuicio alguno para el peticionario. En este sentido, se señala que los derechos de petición pueden estar clasificados en:

¹⁴⁵ Tomado de: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/peticion.html>

3.3 DERECHO DE PETICIÓN EN INTERES GENERAL: Esta clasificación tiene su desarrollo en el orden jurídico colombiano en el código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“ART. 5º—**Peticiones escritas y verbales.** Toda persona podrá hacer peticiones respetuosas a las autoridades, verbalmente o por escrito, a través de cualquier medio.

Las escritas deberán contener, por lo menos:

1. La designación de la autoridad a la que se dirigen.
2. Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante o apoderado, si es el caso, con indicación del documento de identidad y de la dirección.
3. El objeto de la petición.
4. Las razones en que se apoya.
5. La relación de documentos que se acompañan.
6. La firma del peticionario, cuando fuere el caso.

Si quien presenta una petición verbal afirma no saber o no poder escribir y pide constancia de haberla presentado, el funcionario la expedirá en forma sucinta.

Las autoridades podrán exigir, en forma general, que ciertas peticiones se presenten por escrito. Para algunos de estos casos podrán elaborar formularios para que los diligencien los interesados, en todo lo que les sea aplicable, y añadan las informaciones o aclaraciones pertinentes.

A la petición escrita se podrá acompañar una copia que, autenticada por el funcionario respectivo, con anotación de la fecha de su presentación y del número y clase de los documentos anexos, tendrá el mismo valor legal del original y se devolverá al interesado. Esta autenticación no causará derecho alguno a cargo del peticionario.

ART. 6º—**Término para resolver.** Las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta.

Cuando la petición haya sido verbal, la decisión podrá tomarse y comunicarse en la misma forma al interesado. En los demás casos será escrita.

ART. 7º—**Desatención de las peticiones.** La falta de atención a las peticiones de que trata este capítulo, la inobservancia de los principios consagrados en el artículo 3º y la de los términos para resolver o contestar, constituirán causal de

mala conducta para el funcionario y darán lugar a las sanciones correspondientes.

ART. 8º—**Desistimiento.** Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria para el interés; en tal caso, expedirán resolución motivada.

El término de respuesta por la administración 15 días.

3.4. EL DERECHO DE PETICIÓN DE INTERÉS PARTICULAR: El código contencioso Administrativo consagra “ART. 9º—**Peticiones.** Toda persona podrá formular peticiones en interés particular. A éstas se aplicará también lo dispuesto en el capítulo anterior.”

Como se puede observar tiene las mismas reglas del derecho de petición en interés General. Y la administración el mismo plazo para atenderlas.

3.5 DERECHO DE PETICIÓN DE INFORMACIÓN:

El Código contencioso administrativo en el Artículo 17 y siguientes sobre esta materia dispone:

“Art 17. —Del derecho a la información. El derecho de petición de que trata el artículo 45 de la Constitución Política incluye también el de solicitar y obtener acceso a la información sobre la acción de las autoridades y, en particular, a que se expida copia de sus documentos, en los términos que contempla este capítulo.”

NOTA: El artículo 45 de la Constitución Política de 1886, corresponde al 23 de la Constitución vigente hoy.

“ART. 18. —Información general. Las autoridades mantendrán en sitios de fácil acceso los documentos relativos a ellas, con información actualizada de interés general acerca de:

- 1. Las normas que les dan origen y definen sus funciones o su naturaleza y estructura, si es el caso.*
- 2. Las oficinas para formular consultas, entregar y recibir documentos y bienes y conocer las decisiones.*
- 3. Los métodos, procedimientos, formularios y sistemas para el trámite de los diversos asuntos, y los organigramas y manuales de funciones.*

Cualquier persona tiene derecho a pedir y obtener copia de los anteriores documentos.”

“ART. 19. —Subrogado. L. 57/85, art. 12. Información especial y particular. Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.”

“ART. 20. —Subrogado. L. 57/85, art. 20. Inaplicabilidad de las excepciones. El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo.”

“ART. 21. —Examen de los documentos. El examen de los documentos se hará en horas de despacho al y si fuere necesario en presencia de un empleado de la entidad.”

ART. 22. —Subrogado. L. 57/85, art. 25. Plazo para decidir. Sanciones. Las peticiones a que se refiere el artículo 12 de la presente ley deberán resolverse por las autoridades correspondientes en un término máximo de diez (10) días. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada. En consecuencia, el correspondiente documento será entregado dentro de los tres (3) días inmediatamente siguientes.

El funcionario renuente será sancionado con la pérdida del empleo.

2. Silencio administrativo positivo especial. Sobre este tema se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-236 de marzo 14 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Gal vis así: “El artículo 22 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 25 de la Ley 57 de 1985, estableció una modalidad de silencio administrativo positivo —especial— para los casos en los que las autoridades no respondan las peticiones que se les formulen para consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y obtener copias de los mismos.

(...).

De manera pues que, cuando una persona eleva una solicitud, dirigida a obtener copia de unos documentos s que no estén sujetos a reserva, y no recibe una respuesta oportuna y de fondo o material, que no es otra que la real y efectiva entrega de las copias solicitadas, previo el pago de costo por su expedición, si la cantidad lo amerita⁽⁵⁾, operará el referido silencio administrativo positivo, que equivale a una decisión administrativa favorable a la petición formulada por el interesado, lo que lo convierte en una manifestación del derecho de petición de rango constitucional, como una forma concreta del mismo y, por lo tanto, su

vulneración o amenaza por una autoridad pública puede ser objeto de acción de tutela".

(5) El artículo 24 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 17 de la Ley 57 de 1985, establece que "La expedición de copias dará lugar al pago de las mismas cuando la cantidad solicitada lo justifique. El pago se hará a la tesorería de la entidad o en estampillas de timbre nacional que se anularán, conforme a la tarifa que adopte el funcionario encargado de autorizar la expedición. En ningún caso el precio fijado podrá exceder al costo de la reproducción". Esta norma fue objeto de demanda por inconstitucionalidad y esta corporación la declaró exequible mediante sentencia C-099 de 2001, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz.

ART. 23. —Notificación de las decisiones. Recursos. Las decisiones que resuelvan peticiones de información deberán notificarse al peticionario y al Ministerio si fueren negativas. Las demás se ejecutarán simplemente.

Todas estas decisiones estarán sujetas a los recursos y acciones previstos en este código.

ART. 24. —Subrogado. L. 57/85, art. 17. Costo de las copias. La expedición de copias dará lugar al pago de las mismas cuando la cantidad solicitada lo justifique. El pago se hará a la tesorería de la entidad o en estampillas de timbre nacional que se anularán, conforme a la tarifa que adopte el funcionario encargado de autorizar la expedición.

En ningún caso el precio fijado podrá exceder al costo de la reproducción.

Petición para que el funcionario de a conocer cómo ha actuado en un caso determinado o permita el examen de los documentos s o expida copia de los mismos. Termino para resolver 10 días.

3.6 DERECHO DE PETICIÓN DE CONSULTA: El Código contencioso Administrativo en el ART. 25 dispone:

"Artículo 25. —Consultas. El derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales.

Estas consultas deberán tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días.

Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio

cumplimiento o ejecución.

Debe entenderse por consulta la petición que se dirige a las autoridades para obtener un parecer, dictamen o consejo. Es claro que con respecto al interrogante formulado en una consulta no opera el silencio administrativo, de forma que el transcurso del tiempo no equivale a respuesta presunta de la administración.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de petición de consultas. "2.2.4. Mediante auto fechado en mayo de 1994 el Consejo de Estado se pronunció así: "...Igualmente es necesario precisar que si bien la regla general señalada en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, es que las consultas que absuelven las entidades públicas no comprometen la responsabilidad de estas ni son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual no se pueden considerar actos administrativos, tal como lo serían los conceptos jurídicos. (...) La verdad es que dichos conceptos, cuando se convierten en manifestación de la voluntad de la administración tendientes a producir efectos jurídicos en un caso concreto son típicos administrativos, susceptibles de ser demandados ante lo contencioso administrativo, a través de los recursos establecidos para tal efecto".

(...).

De acuerdo con la perspectiva defendida por el Consejo de Estado, cabría realizar una primera distinción. Los conceptos emitidos por las autoridades públicas en respuesta del derecho de petición de consultas contenido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo significan, en principio, una orientación, un consejo, un punto de vista. Se convierten en acto administrativo, en la medida en que de tales conceptos se desprendan efectos jurídicos para los administrados ⁽⁴⁾". (C. Const., Cent. C-542, mayo 24/2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

De otra parte, la Sección Primera del Consejo de Estado en auto de mayo 6 de 1994, se pronuncia sobre la definición de acto administrativo en los siguientes términos: "(...) de conformidad con la definición tradicional de acto administrativo y con reiterada jurisprudencia y constante doctrina, la característica esencial del acto administrativo es la de producir efectos jurídicos, la de ejecutar una determinación capaz de crear, modificar o extinguir una situación jurídica". No importa cuál sea la forma que ostente el acto, en todo caso, cuando está llamado a producir un efecto jurídico específico, por ejemplo, "la no autorización hasta tanto se cumplan los requisitos señalados en una norma específica" allí se puede identificar, tal como lo expresa el Consejo de Estado en la providencia citada, "una manifestación de la voluntad de la administración tendiente a producir efectos jurídicos".

Por su parte el artículo 26 del código dispone:

“ART. 26. —Atención al. Los reglamentos internos a que se refiere el artículo 1º de la Ley 58 de 1982, atribuirán a uno o más funcionarios o empleados el deber especial de absolver las consultas del, y de atender las demás peticiones de que trata este título. Tales reglamentos señalarán días y horas en que los funcionarios y empleados deberán conceder audiencias.”

La ley 962/2005. En su artículo noveno complementa estas obligaciones para coadyuvar el accionar de la administración así:

“ART. 9º—De la obligación de atender al. Las entidades públicas no podrán cerrar el despacho al hasta tanto hayan atendido a todos los usuarios que hubieran ingresado dentro del horario normal de atención, el cual deberá tener una duración mínima de ocho (8) horas diarias, sin perjuicio de la implementación de horarios especiales de atención al en los eventos en que la respectiva entidad pública no cuente con personal especializado para el efecto. Estas entidades deberán implementar un sistema de turnos acorde con las nuevas tecnologías utilizadas para tal fin. El Ministerio de Relaciones Exteriores señalará el horario en las oficinas de nacionalidad, tratados y visas, por la especialidad y complejidad de los temas que le corresponde atender conservando una atención telefónica y de correo electrónico permanente.”

3.7 La QUEJA: Es una manifestación de inconformidad acerca del comportamiento de los servidores s. Término para resolver 15 días.

Los procedimientos que asume la administración, en respuesta de un derecho de petición se resumen en los siguientes puntos:

- Recepción de las solicitudes indicando fecha y hora.
- Análisis y clasificación según su contenido
- Direccionamiento a la dependencia competente. Recibido del documento se analizará su contenido y será remitido al funcionario competente, en estricto orden de llegada, la remisión será el mismo día en que se recibió.
- Seguimiento a la respuesta.
- Las peticiones podrán formularse verbalmente o por escrito, pero siempre se harán constar mediante la consignación en el formato previsto para el efecto según la clase de peticiones de que se trate.
- Se radicará conforme al formato preestablecido para tal efecto
- A cada documento se le asignará un número de radicación
- Se verificará siempre, que el interesado deje constancia de la dirección para la respuesta.
- En caso de duda acerca del funcionario a quien deban ser remitidas las peticiones.

- La dependencia encargada de la respuesta deberá enviar la misma a la Oficina de Atención al Ciudadano, con antelación a su vencimiento.
- El responsable de la Oficina de Atención al Ciudadano remitirá la respuesta al peticionario
- El encargado de la oficina dejará copia para el archivo de la oficina y trasladará a la dependencia de origen los originales.
- Se conformará un archivo con todas las peticiones y sus respuestas de acuerdo con el área responsable.
- No dará ningún trámite a peticiones, quejas o reclamos que provengan de anónimos

En relación a otras circunstancias relacionadas con el derecho de petición, se resalta que este debe ser un mecanismo abierto pero que debe ser utilizado de forma eficiente y respetuosamente, ya que un elemento esencial del derecho de petición radica en que la persona que a él acude formule sus solicitudes con el debido respeto hacia la autoridad.

El artículo 23 de la Constitución política de Colombia, dispone que “toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés particular...”. Sobre el alcance de esta disposición la Corte Constitucional ha dicho: “(...) *el elemento esencial del derecho de petición radica en que la persona que a él acude formule sus solicitudes con el debido respeto hacia la autoridad. De lo contrario, la obligación constitucional, que estaría a cargo del servidor o dependencia al cual se dirigió la petición, no nace a la vida jurídica. La falta de tal característica de la solicitud sustrae el caso de la regla general, que exige oportuna contestación, de fondo, sobre lo pedido. En esos términos, si una solicitud irrespetuosa no es contestada, no se viola el derecho de petición. (...)*”¹⁴⁶

3.8. La Jurisprudencia de la corte Constitucional

3.81. Sentencia T-454/97

DERECHO DE PETICION EN VIA GUBERNATIVA/RECURSO EN VIA GUBERNATIVA-Pronta resolución

“El derecho de petición como derecho constitucional fundamental no se concreta en presentar peticiones respetuosas a las autoridades, y a obtener de las mismas una pronta respuesta, sino que también se hace extensivo a la respuesta pronta y efectiva que se espera de las autoridades, cuando ante ella se ha dado trámite a los recursos administrativos que contra sus actos administrativos procedan. Así, la vía gubernativa amén de ser una expresión más del derecho de petición, es por regla general una vía que debe ser agotada previamente a la iniciación de cualquier proceso contencioso

¹⁴⁶ HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio, M.P: CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T- 353 de 2000

administrativo contra la autoridad pertinente. Por esto, cuando por negligencia o demora injustificada, una autoridad no da respuesta dentro de los términos legalmente señalados a los recursos de la vía gubernativa que se hayan interpuesto contra sus actos, viola no sólo el derecho de petición de quien interpuso los mencionados recursos, sino que por otra parte, impide el inicio del correspondiente proceso contencioso administrativo. Es fundamental aclarar que el silencio administrativo negativo, no constituye una respuesta efectiva a las peticiones de los particulares cuando ya efectivamente el derecho fundamental de petición se encuentra violado."

3.8.2 En Sentencia T-304 del 1 de julio de 1994, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía, dijo la Corte:

"Es relevante establecer que el uso de los recursos señalados por las normas del Código Contencioso, para controvertir directamente ante la administración sus decisiones, es desarrollo del derecho de petición, pues a través de ellos, el administrado eleva ante la autoridad pública una petición respetuosa, que tiene como finalidad obtener la aclaración, la modificación o la revocación de un determinado acto. Siendo esto así, es lógico que la consecuencia inmediata sea su pronta resolución.

"(...)

"No existe razón lógica que permita afirmar que la interposición de recursos ante la administración, no sea una de las formas de ejercitar el derecho de petición, pues si él le permite al sujeto participar de la gestión de la administración, así mismo, podrá como desarrollo de él, controvertir las decisiones.

"Si bien el administrado puede acudir ante la jurisdicción para que resuelva de fondo sobre sus pretensiones (...) haciendo uso de las acciones consagradas en el Código Contencioso, aquél conserva su derecho a que sea la propia administración, y no los jueces, quien resuelva sus inquietudes, pues al fin y al cabo ella es la obligada a dar respuesta. Prueba de ello está en que si la persona no recurre ante la jurisdicción, la administración sigue obligada a resolver".

3.8.3 Requisitos especiales. "Artículo 10 C.C.A....Cuando la ley o los reglamentos exijan acreditar requisitos especiales para que pueda iniciarse o adelantarse la actuación administrativa, la relación de todos estos deberá fijarse en un lugar visible al en las dependencias de la entidad.

Los funcionarios no podrán exigir a las particulares constancias, certificaciones o documentos que ellos mismos tengan, o que puedan conseguir en los archivos de la respectiva entidad.

3.8.4 “ART. 11. —**Peticiones incompletas.** Cuando una petición no se acompaña de los documentos o informaciones necesarias, en el acto de recibo se le indicarán al peticionario los que falten; si insiste en que se radique, se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias que le fueron hechas. (Si es verbal, no se le dará trámite).

Sobre éste punto debo señalar que el texto "Si es verbal, no se le dará trámite" que se encuentra entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 133 de 22 de noviembre de 1984, expediente 1232. M.P. Alfonso Patiño Rosoli.

3.8.5 “ART. 12. —**Solicitud de informaciones o documentos adicionales.** Si las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa no son suficientes para decidir, se le requerirá, por una sola vez, con toda precisión y en la misma forma verbal o escrita en que haya actuado, el aporte de lo que haga falta. Este requerimiento interrumpirá los términos establecidos para que las autoridades decidan. Desde el momento en que el interesado aporte nuevos documentos o informaciones con el propósito de satisfacer el requerimiento, comenzarán otra vez a correr los términos pero, en adelante, las autoridades no podrán pedir más complementos, y decidirán con base en aquello de que dispongan.

3.8.6 “ART. 13. —**Desistimiento.** Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documentos o las informaciones de que tratan los dos artículos anteriores, no da respuesta en el término de dos (2) meses. Acto seguido se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud.

3.8.7 “ART. 14.—**Citación de terceros.** Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultados de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.

Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente.

En este punto debo precisar que la citación ordenada en el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo no debe confundirse ni con la notificación ni con el emplazamiento. La citación es el acto de autoridad por medio del cual se ordena la comparecencia de una persona para fines gubernativos o procesales. La notificación es el documento donde se hace constar que se ha hecho saber a alguien lo decidido por la autoridad.

También se llama así al acto mismo de notificar. El emplazamiento es la fijación autoritativa de un término para que dentro de una actuación o proceso las partes hagan o dejen de hacer algo, bajo conminación de sanciones. Conforme al artículo 14, la citación de terceros “se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz”. El medio más eficaz de comunicar al tercero la citación no es otro que notificársela personalmente, pero el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo solamente se refiere a la notificación personal de “decisiones que pongan término a una actuación administrativa”.

3.8.8 “ART. 19.—**Publicidad y notificación de los actos de registro y término para recurrir.** Para los efectos de los artículos 14, 15 y 28 del Código Contencioso Administrativo, las entidades encargadas de llevar los registros podrán informar a las personas interesadas sobre las actuaciones consistentes en solicitudes de inscripción, mediante la publicación de las mismas en medio electrónico, en las cuales se indicará la fecha de la solicitud y el objeto del registro.

Los actos de inscripción a que se refiere este artículo se entenderán notificados frente a los intervinientes en la actuación y frente a terceros el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Cuando se publique la actuación de registro en curso en la forma prevista en el inciso primero de este artículo, los recursos que procedan contra el acto de inscripción podrán interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del registro respectivo.

3.8.9 “ART. 15.—**Publicidad.** Cuando de la misma petición aparezca que terceros no determinados pueden estar directamente interesados o resultar afectados con la decisión, el texto o un extracto de aquélla que permita identificar su objeto, se insertará en la publicación que para el efecto tuviere la entidad, o en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso.

3.8.10 “ART. 16.—**Costo de las citaciones y publicaciones.** El valor de las citaciones y publicaciones de que tratan los artículos anteriores deberá ser cubierto por el peticionario dentro de los cinco (5) días siguientes a la orden de realizarlas; si no lo hiciere, se entenderá que desiste de la petición.

3.8.11 De las actuaciones administrativas iniciadas en cumplimiento de un deber legal

Preceptúa el Código Contencioso Administrativo en el ART. 27.—“**Deber de colaboración de las autoridades.** Cuando una norma imponga a una persona el deber de presentar una solicitud, una declaración

tributaria o de otra clase o una liquidación privada, o el de realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa, las autoridades no podrán impedirlo ni negarse a recibir el escrito con el que se pretenda cumplir el deber. Ello no obsta para que se adviertan al interesado las faltas en que incurre, o las que aparentemente tiene su escrito.

El interesado realizará ante el correspondiente funcionario del ministerio los actos necesarios para cumplir su deber, cuando las autoridades no los admitan, y el funcionario ordenará iniciar el trámite legal, e impondrá las sanciones disciplinarias pertinentes.

En estas actuaciones se aplicará lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 5º, y en los artículos 11, 12, 13, 14 y 15.

3.8.12 Deber de comunicar. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a estos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.

3.8.13 SITUACIONES COMUNES A LOS CAPITULOS ANTERIORES

El Código Contencioso administrativo prevé algunos aspectos complementarios al régimen de las actuaciones administrativas así:

29.—Formación y examen de expedientes. Cuando hubiere documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto, se hará con todos un solo expediente al cual se acumularán, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad y tengan relación íntima con él para evitar decisiones contradictorias.

Si los documentos se tramitaren ante distintas autoridades, la acumulación se hará en aquella en que se inició primero una actuación. Si alguna se opone podrá acudir, sin más trámite, al proceso de definición de competencias.

Cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, y de obtener copias y certificaciones sobre los mismos, que se entregarán en plazo no mayor de tres (3) días. Con los documentos que, por mandato de la Constitución Política o de la ley, tengan carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado.

NOTA: El plazo de 3 días que en el inciso 3º del presente artículo se fija para la entrega de copias y certificaciones, es una excepción a la regla general fijada en el artículo 25 de la Ley 57 de 1985, que señala un término máximo de 10 días para resolver peticiones de información.

ART. 30.—**Garantía de imparcialidad.** A los funcionarios que deban realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, se aplicarán además de las causales de recusación previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, las siguientes:

1. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado.

2. Haber sido recomendado por él para llegar al cargo que ocupa el funcionario o haber sido designado por éste como referencia con el mismo fin.

El funcionario, dentro de los cinco (5) días siguientes a aquél en que comenzó a conocer del asunto o en que sobrevino la causal, manifestará el impedimento por escrito motivado y entregará el expediente a su inmediato superior, o al procurador regional, si no lo tuviere.

La autoridad ante quien se manifieste el impedimento decidirá en el término de diez (10) días y en forma motivada, sin que contra la decisión quepa recurso; y al decidir señalará quién debe continuar el trámite, pudiendo si es preciso designar funcionario *ad hoc*; en el mismo acto ordenará la entrega del expediente al designado que ha de sustituir al separado del conocimiento.

Las causales de recusación también pueden declararse probadas de oficio por el inmediato superior o por el procurador regional; los interesados también podrán alegarlas en cualquier tiempo. En estos eventos se aplicará, en lo pertinente, el procedimiento antes descrito.

El superior o el procurador regional podrán también separar del conocimiento a un funcionario cuando, a su juicio, en virtud de denuncias puestas por el interesado, aquél no garantice la imparcialidad debida.

El trámite de un impedimento suspenderá los plazos para decidir o para que opere el silencio administrativo.

ART. 31.—**Deber de responder las peticiones.** Será deber primordial de todas las autoridades hacer efectivo el ejercicio del derecho que consagra el artículo 45 de la Constitución Política mediante la rápida y oportuna resolución de las peticiones que, en términos comedidos, se les formulen y que tengan relación directa con las actividades a cargo de esas mismas autoridades.

NOTA: El artículo 45 de la Constitución Política de 1886, corresponde al 23 de la Constitución vigente hoy.

ART. 32.—**Trámite interno de peticiones.** Los organismos de la rama ejecutiva del poder, las entidades descentralizadas del orden nacional, las gobernaciones y las alcaldías de los distritos especiales, deberán reglamentar la tramitación interna de las peticiones que les corresponda resolver, y la manera de atender las quejas por el mal funcionamiento de los servicios a su cargo, señalando para ello plazos máximos según la categoría o calidad de los negocios.

Dichos reglamentos no comprenderán los procedimientos especiales señalados por las leyes para el trámite de asuntos al cuidado de las entidades y organismos indicados, y deberán someterse a la revisión y aprobación de la Procuraduría General de la Nación, la cual podrá pedir el envío de los reglamentos e imponer sanciones por el incumplimiento de los plazos que señale el decreto reglamentario.

Los reglamentos que expidan los gobernadores deberán contener las normas para la tramitación interna de las peticiones que corresponda resolver a las alcaldías.

NOTA: El presente artículo no impone el deber de reglamentar el trámite de las peticiones a todos los órganos, corporaciones y entidades que el artículo 1º del mismo estatuto denomina genéricamente .

ART. 15.—Derecho de turno. Los organismos y entidades de la administración pública nacional que conozcan de peticiones, quejas, o reclamos, deberán respetar estrictamente el orden de su presentación, dentro de los criterios señalados en el reglamento del derecho de petición de que trata el artículo 32 del Código Contencioso Administrativo, sin consideración de la naturaleza de la petición, queja o reclamo, salvo que tengan prelación legal. Los procedimientos especiales regulados por la ley se atenderán conforme a la misma. Si en la ley especial no se consagra el derecho de turno, se aplicará lo dispuesto en la presente ley.

En todas las entidades, dependencias y despachos s, debe llevarse un registro de presentación de documentos, en los cuales se dejará constancia de todos los escritos, peticiones y recursos que se presenten por los usuarios, de tal manera que estos puedan verificar el estricto respeto al derecho de turno, dentro de los criterios señalados en el reglamento mencionado en el inciso anterior, el cual será , lo mismo que el registro de los asuntos radicados en la entidad u organismo. Tanto el reglamento como el registro se mantendrán a disposición de los usuarios en la oficina o mecanismo de atención al usuario.

Cuando se trate de pagos que deba atender la administración pública, los mismos estarán sujetos a la normatividad presupuestal.

ART. 33.—Funcionario incompetente. Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días.

PAR.—Adicionado. L. 954/2005, art. 4º. Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente remitirá la actuación a la

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: "Recibida la actuación en la secretaría de la Sala, se fijará por tres (3) días hábiles comunes en lista a fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieren interés en el asunto puedan presentar sus alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes.

Art. 34.-Pruebas. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.

Art. 35.- Adopción de decisiones. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.

Art. 36.- Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

ART. 37.—**Demoras.** Si hay retardo para decidir en las actuaciones administrativas iniciadas de oficio, o por un particular en cumplimiento de un deber legal, podrá ejercerse el derecho de petición para que concluyan dichas actuaciones en la forma que el interesado considere conveniente.

NOTA: La figura del presente artículo no opera con respecto a las actuaciones administrativas iniciadas por quien ejercita el derecho de petición en interés general o particular.

ART. 38.—**Caducidad respecto de las sanciones.** Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

ART. 39.—**Derecho de petición y acción de litigar.** El simple ejercicio del

derecho de petición es distinto de la acción de litigar en causa propia o ajena, y no causará impuesto de timbre.

3.8.14 La Vía Gubernativa:

En el derecho Administrativo, no solo existe la definición y orientación por el estudio de la administración en cuanto a su estructura y funcionamiento si no que es parte de su contenido, el estudio de instrumentos que pueden ser utilizados por los ciudadanos gobernados con el fin de impugnar decisiones que les sean adversas, injurídicas e inconvenientes para estos.

La Vía gubernativa en síntesis es una actuación ante autoridades administrativas

Los instrumentos son de dos grandes categorías, los que corresponden al control administrativo y los que corresponden al control judicial.

3.8.15 Los recursos de la Vía gubernativa

El artículo 50 del Código Contencioso Administrativo dispone: “Art. 50.- Recursos en la vía gubernativa. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que aclare, modifique o revoque.
2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de Departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.
El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso. Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el

fondo del asunto; los actos de trámite, pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”.

3.8.16 Vía gubernativa y acto administrativo.

A efectos de lograr que los principios constitucionales relacionados con la función administrativa, establecidos en el artículo 209, se apliquen integralmente al igual que los principios establecidos en el Código Contencioso Administrativo se constituyan en marco axiológico por parte de los servidores s, y los estudiantes una línea de acción que busque unidad de criterio para la atención de los recursos en la vía gubernativa.

El agotamiento de la vía gubernativa como exigencia de procedimiento, se encuentra establecida en el Código Contencioso Administrativo y permite que el afectado con una decisión que considera que vulnera sus derechos acuda ante la misma entidad que la ha proferido para que ésta tenga la oportunidad de revisar sus propios actos, de suerte que pueda, en el evento de que sea procedente modificar, aclarar e inclusive revocar el pronunciamiento originario, dándole así la oportunidad de corregir sus errores y proceder al restablecimiento de los derechos.

Como la vía gubernativa la asociamos con el acto administrativo, por cuanto es una de las formas de control en sede administrativa del mismo, es procedente recordar algunas cualidades del acto tales como las siguientes:

La existencia del acto administrativo está relacionada con la voluntad de la administración, la cual se manifiesta a través de una decisión específica.

El acto administrativo existe desde el instante que es producido por la administración y lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, situación que va de la mano con su eficacia.

La existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se presenta, en términos generales, desde el momento mismo de su expedición, condicionada claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea su carácter general o particular.

Los actos administrativos (ejemplos de ello son las resoluciones de aportes, cuota de aprendices, multas por incumpliendo en la contratación de aprendices, etc.) gozan de presunción de legalidad, es decir que se presumen ajustadas a todas las normas de jerarquía superior que los gobiernan, mientras que los jueces competentes no declaren lo contrario.

En consecuencia, dichas resoluciones cobran vigencia, o sea que empiezan a producir sus efectos, una vez que se hallen legalmente notificadas o ejecutoriadas, y sin necesidad de fallo judicial acerca de su legalidad. Por lo que respecta a la ejecutoria y a la notificación de las resoluciones, deben tenerse presente las reglas siguientes:

- **Notificación:** Es requisito para la eficacia y obligatoriedad de los actos administrativos la notificación de los mismos a sus destinatarios, de conformidad con lo previsto en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.
- **Información sobre recursos:** De conformidad con lo previsto en el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo *“En el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quien deben interponerse, y los plazos para hacerlo.”*
- **Falta o irregularidad de las notificaciones:** Así mismo el artículo 48 del C.C.A., establece: *“Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales...”*

3.8.17 RECURSOS EN LA VÍA GUBERNATIVA

3.8.17.1 PROCEDENCIA

Contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas adelantadas por la administración, procederán los recursos previstos en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo², con excepción de los actos expedidos por el jefe de la Entidad o sus delegados, contra los cuales, solo procederá el recurso de reposición.

3.8.17.2 IMPROCEDENCIA

No proceden recursos en la vía gubernativa contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa, como lo dispone el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo.

3.8.17.3 OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN

Los recursos de reposición y subsidiario de apelación contra los actos proferidos por los servidores competentes, deberán interponerse dentro del plazo legal de conformidad por lo dispuesto por el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo y serán recibidos y radicados exclusivamente en el Grupo de Administración de Documentos o el que haga sus veces.

3.8.17.4 REQUISITOS

Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido, y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indicación del nombre del recurrente.
2. Acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber; y garantizar el cumplimiento de la parte de la decisión que recurre cuando ésta sea exigible conforme a la ley.
3. Relacionar las pruebas que se pretende hacer valer.
4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente.

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados; si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar esa misma calidad de abogado en ejercicio, y ofrecer prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de tres (3) meses; si no hay ratificación, ocurrirá la perención, se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

3.8.17.5 ACTUACIONES A TRAVÉS DE APODERADOS

Las actuaciones ante la administración, podrán ser adelantadas directamente por el interesado (tratándose de personas naturales), por intermedio de sus representantes legales (tratándose de personas jurídicas o incapaces) o mediante apoderado.

Cuando se impulse una actuación por intermedio de apoderado, éstos deberán ser abogados inscritos (artículo 35 del Decreto 196 de 1971). El poder deberá ser conferido en legal forma, vale decir, con los requisitos establecidos en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

3.8.17.6 RECHAZO DEL RECURSO

El artículo 53 del C.C.A dispone que *“si el escrito por el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo; contra el rechazo del recurso de apelación procederá el de queja.”*

3.8.17.7 DESISTIMIENTO

De los recursos podrá desistirse en las condiciones del artículo 13 del C.C.A. (artículo 54 C.C.A.).

3.8.17.8 EFECTO SUSPENSIVO

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 del C.C.A los recursos se concederán en el efecto suspensivo.

3.8.18 DE LAS PRUEBAS

3.8.18.1 OPORTUNIDAD

Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerse este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

3.8.18.2 ADMISIBILIDAD

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.

Los gastos que ocasione la práctica de una prueba serán de cargo de quién la pidió, y si son varios, o si se decretan de oficio, se distribuirán en cuotas iguales entre los interesados.

3.8.18.3 TÉRMINO

Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término no mayor de treinta (30) días, ni menos de diez (10). Los términos inferiores a treinta (30) días podrán prorrogarse una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días.

El auto que decrete la práctica de pruebas se indicará, con toda exactitud, el día con que vence el término probatorio.

3.8.19 CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.8.19. 1 FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.
2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.
4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos

El agotamiento de la Vía Gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales uno y dos del artículo 62 del C.C.A, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja.

3.8.20 CARÁCTER EJECUTIVO Y EJECUTORIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Salvo norma expresa en contrario los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por si mismos, para que el órgano administrativo pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.

PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA

Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo *pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco años de estar en firme la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia.

3.8.22 REVOCACIÓN DIRECTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

3.8.22.1 CAUSALES DE REVOCACIÓN

Conforme lo establece el artículo 69 del C.C.A., los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

2. Cuando no estén conforme con el interés o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

3.8.22.2 IMPROCEDENCIA

No puede pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa.

3.8.22.3 OPORTUNIDAD

La revocación directa puede cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aún cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

En todo caso, las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos de contenido general y las que se refieran a aquellos de contenido particular o concreto en relación con los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante los tribunales contencioso administrativos dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación.

3.8.22.4 EFECTOS

Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

3.8.22.5 REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO

De conformidad con lo previsto en el artículo 73 del C.C.A, cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

3.8.22.6 LA REVOCACIÓN DIRECTA Y SUS DIFERENCIAS CON LOS RECURSOS GUBERNATIVOS

- “ 1. La solicitud de revocación directa de un acto administrativo no podrá operar si se han ejercitado los recursos de la vía gubernativa, conforme lo estatuye el artículo 70 del C.C.A, lo cual pone de presente la incompatibilidad que existe entre ellas.
2. Los recursos gubernativos se deciden a solicitud de parte: del afectado; la revocación directa puede proceder a petición de parte o de oficio.
 3. La revocación directa puede operar en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a la jurisdicción contencioso administrativa siempre que en este último caso no se haya proferido auto admisorio de la demanda; los recursos de la vía gubernativa deben interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal o por edicto, o a la publicación del acto objeto de los mismos.
 4. La revocación directa procede, por regla general, contra toda clase de actos generales o particulares; en tanto que la vía gubernativa no procede contra actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo las excepciones que consagre la ley.
 5. La revocación directa se puede pedir ante el mismo funcionario que expidió el acto o su inmediato superior; mientras que los recursos gubernativos solamente se pueden intentar así: el de reposición ante el mismo funcionario que expidió el acto y los de apelación y queja ante el inmediato superior.
 6. La revocación directa sólo procede cuando se den las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A., mientras en la vía gubernativa se pueden impugnar los actos por cualquier clase de inconformidad.
 7. La revocación directa de los actos de carácter particular está sujeta a normas especiales contenidas en los artículos 73 y 74 íbidem; en tanto que en la vía gubernativa no hay restricción alguna.”

3.8.22.7 LA REVOCATORIA DIRECTA Y EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA SON EXCLUYENTES

Los actos de carácter particular y concreto, una vez agotada la vía gubernativa por no haberse hecho uso de los recursos procedentes o porque éstos se decidieron, adquieren firmeza y ejecutoriedad en grado tal que por si solos permiten a la administración exigir su cumplimiento aun por la vía de la coacción (art. 68) y simultáneamente crean en favor del particular derechos cuya estabilidad garantiza la Constitución.

Excepcionalmente puede revocarlos o modificarlos la administración por la vía de revocatoria según el artículo 73, así:

- Directamente, sin el consentimiento del titular cuando es evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.
- Parcialmente cuando es necesario corregir errores aritméticos o de hecho, siempre que no incidan en la decisión.
- Mediante el consentimiento expreso y escrito del titular de la situación particular creada con el acto, y
- Mediante la solución de los recursos previstos en sede gubernativa por la ley, según el artículo 50.
- La vía de la revocatoria directa y la de los recursos gubernativos son excluyentes, la primera no puede ejercerse respecto a los actos recurridos (art. 70). Ambas tienen un límite en el tiempo: los recursos en el término que indica la ley (art. 51) y la revocatoria hasta antes de ser admitida la demanda ante la jurisdicción. Después de estos términos a la administración le está vedado revocarlos o modificarlos y en esto radica la manifestación del principio de la inmutabilidad”

3.9. JURISPRUDENCIA SOBRE LA VIA GUBERNATIVA

LA Corte Constitucional en Sentencia No. C-060/96 se pronunció de manera importante e hizo las siguientes consideraciones:

VIA GUBERNATIVA-Agotamiento/JURISDICCION LABORAL-Acceso

“La vía gubernativa se constituye en un mecanismo, que muchas veces es sustituto del judicial, en la medida en que contribuye a satisfacer plenamente la pretensión del interesado y, además, es una institución que garantiza su derecho de defensa en cuanto le permite impugnar la decisión administrativa, a través de los recursos de ley. No se viola el principio de igualdad cuando se exige a quienes han sido trabajadores oficiales el agotamiento previo de la vía gubernativa como requisito para acudir a la justicia ordinaria laboral pues, los trabajadores particulares, a quien no se les impone dicha carga procesal, se encuentran en una diferente situación fáctica y jurídica, lo cual obviamente justifica el trato diferenciado”.

3.10 REFORMAS LEGALES RECIENTES:

Es pertinente precisar que en la dinámica de la administración se presentan reformas, las cuales permiten dar un mayor acercamiento de los fenómenos sociales a la forma como se afrontan por el derecho y esta materia no escapa a la situación así, el legislador con la expedición de la ley 809 de 2003, precisa una serie de dificultades que se venían presentando con la aplicación del artículo 71 del C.C.A. en los siguientes términos:

“ART. 71.—**Modificado. L. 809/2003, art. 1º. Oportunidad.** La revocación directa podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

En todo caso, las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos de contenido general y las que se refieran a aquellos de contenido particular y concreto en relación con los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante los tribunales contencioso administrativos dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación.”

L. 809/2003.

ART. 2º—Las solicitudes de revocación directa a que se refiere el inciso segundo del artículo precedente, que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en trámite y lleven más de dos meses de radicadas, deberán ser resueltas dentro del mes siguiente a su promulgación. Aquellas que hayan sido presentadas dentro del mes anterior a su vigencia, deberán resolverse dentro del término establecido en el artículo anterior.

“ART. 72.—**Efectos.** Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.”

“ART. 73.—**Revocación de actos de carácter particular y concreto.** Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.”

“ART. 74.—**Procedimiento para la revocación de actos de carácter particular y concreto.** Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este código. En el acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo se ordenará la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo 42 y se ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias correspondientes.

El beneficiario del silencio que hubiese obrado de buena fe, podrá pedir

reparación del daño ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo si el acto presunto se revoca.”

3.8.11 DIFERENCIA ENTRE VÍA GUBERNATIVA Y REVOCATORIA DIRECTA:

Teniendo en cuenta las diferentes confusiones que se han presentando con el tema de la revocatoria de los actos administrativos, consideramos importante aclarar la diferencia que existe entre la revocatoria del acto administrativo por la interposición de los recursos administrativos como garantía del derecho de defensa del administrado (Agotamiento de la vía gubernativa) y la revocatoria directa.

De conformidad con el Código Contencioso Administrativo, los mecanismos mediante los cuales las personas impulsan la modificación, aclaración o **revocatoria** de un acto administrativo son tres: la interposición de los recursos en vía gubernativa, la revocatoria directa del acto administrativo y las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho al momento de demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar, la vía gubernativa, como ya se ha dicho, es el procedimiento que se sigue ante la administración para controvertir sus propias decisiones. Es decir, que cuando una persona no está de acuerdo con un acto de la administración, la ley ha querido que el interesado tenga la oportunidad de manifestar a la administración las razones de su desacuerdo, y que la administración tenga, a su vez, la oportunidad de revisar sus propios actos, con el fin de revisar, modificar, aclarar e **inclusive revocar el pronunciamiento inicial**, dándole así la oportunidad de enmendar sus errores y proceder al restablecimiento de los derechos del afectado, y, en ese orden de ideas, dar la posibilidad a las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para contribuir con los fines del Estado (artículo 209 C.P)

Así pues, una vez el particular se notifique del acto administrativo tal como lo señala el artículo 44 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo, esté podrá dar inicio a la vía gubernativa a través de la interposición de los recursos de reposición, apelación y queja, previo cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo.

Es de anotar que, el administrado al momento de interponer los recursos puede utilizar la expresión “**revocar**”, con el fin de que la administración revoque la decisión tomada en su acto administrativo; sin embargo, la administración después de evaluar los fundamentos fácticos y jurídicos de la petición podrá: 1) confirmar su decisión; 2) revocar el acto administrativo recurrido si observa que es contrario a la Constitución o la ley; 3) Modificar o aclarar el acto administrativo.

Así las cosas y conforme lo dispone el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, el agotamiento de la vía gubernativa se configura en los siguientes casos:

- a) Cuando contra el acto administrativo no procede ningún recurso.
- b) Cuando los recursos se hayan decidido en forma expresa, es decir que la administración tuvo conocimiento de los recursos y los resolvió de manera favorable o desfavorable para el administrado.
- c) Cuando el acto administrativo queda en firme por no haber sido interpuesto los recursos de reposición o de queja.

Ahora bien, la **Revocatoria Directa** no es un recurso adicional de vía gubernativa, sino que responde a un mecanismo adicional de control de legalidad tendiente a excluir del ordenamiento aquellas decisiones administrativas que adolezcan de alguna de las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A. a saber: *1. Cuando sea manifiesta oposición a la Constitución Política o a la Ley; 2) Cuando no estén conformes con el interés social, o atente contra él; 3) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.*

Es por ello que la **revocatoria directa** puede ser presentada por fuera de los términos propios de la vía gubernativa sea porque **el administrado no hizo uso de los recursos de ley**, ya descritos, o **porque el acto administrativo no tiene recursos**. Con el fin de que ese acto administrativo sea revocado o sustituido por el mismo órgano que lo expidió ya sea de oficio o a solicitud de parte, por una decisión de signo o sentido contrario.

De igual manera, la revocatoria directa puede hacerse en cualquier tiempo después de expedido el acto administrativo independientemente de que este en firme (artículo 71 C.C.A), sujetándose siempre a lo dispuesto en el artículo 70 a saber: ***“No podrá pedirse la revocatoria directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa”***

Así pues, a través de esta figura jurídica la administración de oficio o a petición de parte puede dejar sin efecto sus propios actos ya sea de manera total o parcial, cuando vea que en el acto administrativo se dan las causales previstas, artículo 69 CCA.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 23 de noviembre de 2002, expediente 1.856, consejero ponente, Dr. Ernesto Rafael Arias Muñoz, estableció las diferencias existentes entre la Revocatoria directa y la vía gubernativa, a saber:

*“ 1a.) La **revocación directa** de un acto administrativo no podrá operar si se han ejercitado los recursos de la vía gubernativa, conforme lo estatuye el artículo 70 *ibídem*, lo cual pone de presente la incompatibilidad que existe entre ellas.*

2a.) Los **recursos gubernativos** se deciden a solicitud de parte del afectado; **la revocación directa** puede proceder a petición de parte o de oficio.

3a.) La **revocación directa** puede operar en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aún cuando se haya acudido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siempre que en este último caso no se haya proferido auto admisorio de la demanda; **los recursos de la vía gubernativa** deben interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal o por edicto, o a la publicación del acto objeto de los mismos.

4a.) **La revocación directa** procede, por regla general, contra toda clase de actos generales o particulares; en tanto que **la vía gubernativa** no procede contra actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo las excepciones que consagre la ley.

5a.) **La revocación directa** se puede pedir ante el mismo funcionario que expidió el acto o su inmediato superior; mientras **los recursos gubernativos** solamente se pueden intentar así: el de reposición ante el mismo funcionario que expidió el acto y los de apelación y queja ante el inmediato superior.

6a.) **La revocación directa** sólo procede cuando se dan las causales previstas en el artículo 69 de C.C.A.; mientras en **la vía gubernativa** se pueden impugnar los actos por cualesquiera clase de inconformidad.

7a.) **La revocación directa** de los actos de carácter particular está sujeta a normas especiales contenidas en los artículos 73 y 74 *ibídem*; en tanto que en **la vía gubernativa** no hay restricción alguna. (negrilla fuera de texto)”

De lo anterior se tiene que el término revocar puede ser utilizado en la solicitud de los recursos, por lo que no puede generar confusión, pues este vocablo es muy diferente a la figura jurídica de la revocatoria directa como fue expuesto.

Por lo tanto, se les recuerda que sobre las peticiones que se eleven ante la administración, deberán ser muy cuidadosos con el trámite a realizar, a fin de no generar errores jurídicos que hacen que la función de la administración sea más lenta y deficiente incumpliendo de esta manera los fines estatales.

Hasta aquí hemos visto los temas relativos a los procedimientos administrativos que se resuelven en sedes administrativas y que constituyen garantías jurídicas a los ciudadanos y formas de proceder de la administración incluso para corregir sus propios errores o desaciertos.

EVALUACIÓN DEL CAPITULO:

Cuestionario Individual

1. Qué es el derecho de Petición, indique las clases y forma de ejercicio.
2. En cuanto tiene la administración debe dar respuestas a los derechos de acuerdo a la clasificación.
3. Qué es la discrecionalidad y qué límites tiene?
4. Qué es la vía gubernativa?
5. Cuales son los recursos en la vía gubernativa?
6. Qué efecto produce el trámite de los recursos de la vía gubernativa?
7. Cuándo se agota la vía gubernativa?
8. Qué es la revocatoria Directa?
9. Cuales son las causales de la revocatoria directa?
10. Haga un análisis comparativo entre la vía gubernativa y la revocatoria Directa.

TEORIA PATRIMONIAL DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

En los Estados Modernos, entendidos por tal, aquellos que superaron el personalismo o subjetivización del Estado en un monarca, la actividad y funcionamiento requieren al igual que cualquier organización de carácter privado una serie de bienes y servicios que constituyen un patrimonio.

A diferencia de los personales, los bienes, en un Estado de Derecho, son de carácter público y por lo tanto se reputan tales, así es el tratamiento que desde el derecho administrativo se da a los bienes del Estado, los cuales, se sujetan a las reglas del derecho público y por lo tanto, son parte integrante del Estado de Derecho.

El Estado como organización del interés general, se convierte en titular del dominio, derecho de propiedad, derecho que como tal involucra todos los bienes patrimoniales que en consecuencia adquieren tal naturaleza de sociales, por ende, tiene como implicación un tratamiento diferenciado del régimen jurídico que comporta la titularidad del dominio que pueda ejercer una persona diferente del Estado sobre sus bienes, por cuanto, estos son de naturaleza particular, por lo tanto tal naturaleza hace que su régimen jurídico, no pueda ser igual al del Estado.

En éste capítulo estudiamos los bienes y patrimonio de dominio eminente, dominio del Estado y dominio privado del mismo, como una forma de presentar a cabalidad las clases de bienes que componen la teoría patrimonial, sin descuidar las reglas que involucran LA HACIENDA PÚBLICA Y LAS DIFERENCIACIONES, PRESENTES EN la Constitución política de Colombia y el código civil

OBJETIVOS:

1. Presentar los elementos jurídicos que rigen el patrimonio del Estado.
2. Brindar al estudiante, la posibilidad de indagar en los diferentes temas relacionados con los componentes del patrimonio Estatal y esencialmente su régimen jurídico.

1. REGIMEN JURÍDICO DEL PATRIMONIO ESTATAL

El profesor Libardo Rodríguez¹⁴⁷, sobre la temática del Patrimonio, retomando a los tratadistas Miguel Marienhoff, Enrique Sayagués Laso y André de Laubadère, establece tres conceptos que permiten entender este aparte del derecho administrativo así:

- 1.1. En primer lugar alude al concepto de “Dominio eminente”, como poder que tiene el Estado sobre la totalidad del territorio de su jurisdicción,...se traduce en la facultad de tomar medidas en relación con ese territorio, cuando las necesidades de la comunidad lo requieran.
- 1.2. El dominio: La distinción entre dominio y dominio privado, se encuentra antecedentes desde las primeras comunidades humanas, hasta configurarse en Roma los conceptos de Res publicae y res fisci, el primero designaba las cosas públicas,el segundo se refería a los bienes del gobernante”.
- 1.3. El dominio privado del Estado: “...El dominio privado está compuesto por todos aquellos bienes que pertenecen a las personas públicas y que no reúnen las condiciones para hacer parte del dominio. ...En consecuencia, se considera que los bienes que componen este dominio privado están sometidos por regla general al mismo régimen que regula la propiedad particular, es decir, al régimen jurídico de derecho privado, y que, por lo mismo la competencia para resolver las controversias que se presenten corresponde a la jurisdicción común”.

A partir de estos tres conceptos tenemos que el patrimonio en Colombia se puede tener en consideración que lo relativo al territorio continental, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva , el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa junto con las islas morros y bancos, que son de propiedad de la Nación enunciados por los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución, corresponden al ámbito del dominio eminente.

Por su parte el artículo 674 del código civil Colombiano, según el cual prescribe: “Se llaman bienes de la unión, aquellos cuyo dominio pertenece a la república...Si además de su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio como el de calles, plazas puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso o bienes s del territorio”

De otro lado el artículo 63 de la Constitución Política de Colombia dispone “...Los bienes de uso , los parque naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables” Igual

¹⁴⁷ Rodríguez Libardo, Elementos de Derecho Administrativo, Módulo Autoformativo, Publicado ESAP, 1.990 en Bogotá, pag. 431.

fórmula aplica la Constitución al Patrimonio cultural de la Nación, al patrimonio arqueológico y otros bienes culturales los cuales están bajo la protección del Estado referidos en el artículo 72 de la carta de 1.991.

Además de los bienes de uso enunciados en el artículo 674 del código civil, tienen igual connotación los ríos y todas las aguas que corren por los cauces naturales, los recursos naturales contenidos en el código de los recursos naturales. Por tanto todos los habitantes del territorio nacional podrán usar gratuitamente y sin exclusividad los recursos del dominio para la satisfacción de sus necesidades, sin que por ello se autorice la violación de derechos de terceros o de las disposiciones legales.

Estas categorías de bienes, corresponde a los bienes del patrimonio, su régimen jurídico es de derecho, son jurídicamente de dominio, salvo en lo relativo a su adquisición, mutación o transferencia necesaria para su adquisición, se sujeta a las normas del derecho privado.

Los bienes fiscales, el código civil en el artículo 674 dispone que “Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”.

Dentro de ellos se encuentran los valores, rentas, fincas derechos y acciones que pertenecen a la unión, los baldíos, minas, salinas, los bienes del presupuesto, el tesoro nacional, aquellos bienes que integran la hacienda pública.

La actividad, financiera, aseguradora y la relacionada con el manejo aprovechamiento e inversión de los recursos de captación consagrados en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución son de interés y solo puede ser ejercida por el Estado, conforme a la ley la cual regulará la forma de intervención del gobierno.

De lo anterior se desprende la consagración Constitucional del ejercicio de la soberanía monetaria, entendida como la capacidad para emitir sus especies monetarias, y regular su circulación, a instancias de la banca central quien por mandato constitucional y legal ejerce las potestades en esta materia, generando, administrando y controlando especies que son parte de los bienes fiscales.

Ahora bien, los bienes fiscales, no solo se encuentra con titularidad de dominio en la nación, si no en las entidades territoriales, las cuales regulan su gestión a través de los códigos fiscales.

En cuanto a la clasificación que hace el código civil de los bienes, éstos pueden ser muebles e inmuebles, los segundos tienen un régimen jurídico fundado en la legislación.

EVALUACIÓN DEL CAPITULO:

1. Diga cómo se clasifican los bienes de la Unión a la luz del código civil.
2. Enuncie dos clases de bienes que no sean inmuebles y que correspondan a la hacienda pública
3. Diga cual es la diferencia entre dominio público y dominio privado
4. Diga cual es la semejanza entre los anteriores?

CONTRATACIÓN ESTATAL

INTRODUCCION

Con el fin de establecer la importancia temática, formulo a los estudiantes para que den una respuesta individual y luego cotejarla con todo el auditorio así , ¿Por qué cree usted es importante hablar de contratación Estatal? Favor contestarla de manera inmediata y de forma individual.

El docente, abre una mesa redonda e indaga sobre el tema, insiste en la pregunta y guía la discusión.

Ámbito de desarrollo de la Contratación Estatal:

El tema contractual en la Administración Pública colombiana, hace parte de las formas de actuación de la administración al igual que el acto y la operación administrativa, por lo tanto en su forma dinámica ese es el medio en el cual se desenvuelve el tema.

OBJETIVOS

Objetivo: Es el propósito fundamental del presente capítulo, hacer una breve pero precisa introducción al régimen jurídico de la contratación de la administración pública.

Por lo tanto, el estudiante estará al terminar el capítulo en posibilidad de reconocer el régimen contractual de la administración pública, las partes contractuales y los procedimientos de selección de los contratistas en el orden jurídico colombiano.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

1. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES:

Disposiciones Constitucionales: La Constitución Política de Colombia fija en la parte doctrinaria reglas y principios que guían las actuaciones de la administración dentro de ellos tenemos los siguientes:

1.1.Principios Generales: " ART. 2º—Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

1.2. " ART. 6º—Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores s lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. "

1.3. "ART. 13.—Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

1.4." ART. 29.—El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. “

1.5. “ART. 83.—Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.”

1.6.” ART. 74.—Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos salvo los casos que establezca la ley.

El secreto profesional es inviolable.”

1.7. Principios de la función Administrativa:

1.7.1 “.ART. 209.—La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

1.8.Principios del Control Fiscal:

1.8.1 “ART. 267.—El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Ésta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

El contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Sólo el Congreso puede admitir las renunciaciones que presente el contralor y proveer las vacantes definitivas del cargo; las faltas temporales serán provistas por el Consejo de Estado.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años, y acreditar las calidades adicionales que exija la ley.

No podrá ser elegido contralor general quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos”.

1.9 Régimen de Autorizaciones Constitucionales

1.9.1 Del Presidente de la República: El artículo 150 de la Carta Política dispone:

“artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

....9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El gobierno rendirá periódicamente informes al congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones..”

1.9.2 De los Gobernadores: El artículo 300 de la Constitución política dispone:

“Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas:

...9. Autorizar al Gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y.....”

1.9.3 De los Alcaldes: El Artículo 313 de la Constitución Política dispone:

“Artículo 313. Corresponde a los Concejos:

...3. Autorizar al Alcalde para celebrar contratos....”

2. DISPOSICIONES LEGALES

- 2.1. Decreto ley 222 de 1.983. Se encuentran vigentes los artículos 108 a 113.
- 2.2. Ley 80 de 1.993. Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- 2.3. Ley 1150 de 2007: Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1.993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos s.
- 2.4. Otras disposiciones legales. Código Civil, Código de Comercio, Código Contencioso Administrativo, Código Penal, Estatuto tributario, ley 789 de 2002 y demás leyes disposiciones Complementarias, que tienen este rango legal.

2.6. Disposiciones Reglamentarias: En esta materia tienen vigencia más de 30

decretos reglamentarios, además de aquellos que deban ser expedidos

por mandato de la ley 1150 de 2007 y en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República consagrados por el numeral

11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia.

Son de destacar de manera inmediata los decretos N°s 2474 de 2008,

el decreto 679 de 1.994, reformado por el anterior, algunas disposiciones del decreto 2170 de 2002 entre muchos otros.

2.7. Regimenes Especiales excepcionales

2.7.1. Según la ley 80 de 1.993. Los servicios de Telecomunicaciones, a que

Aluden la ley 37 de 1.993, los servicios de Televisión, la radiodifusión

sonora, las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora, los servicios postales, todo lo anterior concordante con lo dispuesto por los artículos 33 a 38 ley 80 de 1.993 y el artículo 76 en lo relativo a los contratos de explotación y exploración de recursos naturales. Además de las disposiciones en materia contractual aplicables a las entidades públicas que ejercen actividades financieras se sujetan a las reglas del Estatuto del Sistema financiero.

2.7.2 Según Disposiciones legales anteriores y posteriores al Estatuto General

De Contratación de la Administración Pública, entre otros, la contratación

en materia de Ciencia y Tecnología ley 29 de 1.990, Contratación de los entes Univeritarios Autónomos, ley 30 de 1.992 de la Educación Superior por aplicación del principio Constitucional de la Autonomía Universitaria, los sistemas de Seguridad Social, el Sistema Eléctrico Nacional, Los Contratos del sector Minero, los contratos de los servicios s domiciliarios, los contratos celebrados por esntidades estatales en el exterior y que deban ejecutarse en el exterior, los contratos celebrados en Colombia y que deban ejecutarse en el exterior, los contratos celebrados con organismos multilaterales de crédito o de cooperación internacional, para estos deben regirse por los estatutos de tales organismos.

2.7.3 Según lo dispuesto por el artículo 14 de la ley 1150 de 2007, los contratos

Que deban celebrar las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de Economía Mixta que tengan participación estatal superior al 50% y que se encuentren en competencia con el sector privado nacional, o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la mencionada ley, según el cual para todos los casos de excepciones a la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso aplican los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución, los principios del control fiscal consagrados en el artículo 267 de la Constitución y estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos para la contratación Estatal en los artículos 8° de la ley 80 de 1.993, el artículo 15 de la ley 1150 de 2007 y las demás disposiciones legales y reglamentarias que así lo determinen.

3. Las partes contractuales:

1.- Directas:

a.- La Administración: La administración actúa a través de servidores, por tal razón el estatuto contractual define la noción de servidor como “..Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas”. Estas personas en su condición de servidores, deben tener una competencia, la cual, es expresa en el mismo estatuto contractual cuando, éste define quienes están facultados para el ejercicio de estas funciones (ver artículo 11 de la ley 80 de 1.993). Ahora bien, la misma ley definió los casos en los cuales se puede delegar y desconcentrar la facultad de celebrar contratos y adelantar procedimientos de selección (ver artículo 12 ley 80 de 1.993).

La administración desde el punto de vista Constitucional y legal además de actuar a través de los servidores directamente o de los contratistas indirectamente, es responsable por el daño antijurídico causado a una persona bien sea de manera contractual o extracontractual. Y su responsabilidad es patrimonial en los términos del estatuto contractual.

b.-Los Contratistas: A quienes se les aplican las disposiciones de los artículos 6,7, 8, 9, 10, 50 y siguientes de la ley 80 de 1.993, 33 y siguientes, 73 y 74, 633, 1502 a 1524 del código civil, los artículos 1,2,3, 10 y siguientes, el libro segundo del código de comercio, entre otras disposiciones legales.

2.- Indirectas

a.- Órganos de Control y vigilancia

b.- Veedurías ciudadanas

c.- Otros

4.- Procedimientos de selección de contratistas

4.1. Licitación Pública:

4.2. Selección Abreviada

4.3. Concurso de méritos

4.4. Contratación directa

4.5 Contratación de derecho privado: Ver lo dispuesto por La ley 1150 de 2007, en el artículo 13. Anteriormente expuesto.

EVALUACIÓN DEL CAPITULO:

Cuestionario:

3. Enuncie los principios Constitucionales de la función Administrativa.
4. Enuncie los principios constitucionales del control fiscal
5. Enuncie dos principios Constitucionales diferentes de los previstos en los numerales anteriores.
6. Explique el régimen constitucional de las autorizaciones en materia contractual.
7. Explique el régimen legal de la contratación Estatal.
8. Enuncie 3 clases de excepciones a la aplicación del Régimen del estatuto General de la Contratación de la administración pública
9. Diga cuales son las partes contractuales en un contrato de la administración pública.
10. La Contratación en materia de Ciencia y Tecnología se rige por el Estatuto General de la Contratación Estatal, Falso----- Verdadero-----
11. La Contratación de prestación de servicios de vigilancia en un Ministerio, no se rige por el sistema del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Falso----- Verdadero.....
12. Enuncie los procedimientos de selección de contratistas, previstos en el orden jurídico colombiano para la administración pública..

LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS

INTRODUCCIÓN

Hasta el presente capítulo, el estudiante, ha tenido la oportunidad de atender los diferentes aspectos relacionados con su actuación ante las autoridades administrativas, corregir y enderezar su actuación, bien sea de oficio o a petición de parte, o en ejercicio del derecho de petición, en el presente capítulo, conocerá así sea por enunciación las diferentes acciones contencioso administrativas consagradas en el código contencioso administrativo, como forma de ejercicio del control sobre la forma, como actúa la administración, y éste control, es eminentemente judicial.

OBJETIVOS

1. Enunciar y explicar las acciones contencioso administrativas.
2. El estudiante al terminar el módulo, estará en capacidad de distinguir las diferentes acciones contencioso administrativas y prever su ocurrencia

LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS

Los ciudadanos son titulares de derechos ante la administración y como hemos visto, pueden actuar ante ella a través de las denominadas acciones gubernativas directas la vía gubernativa o la revocatoria directa, en todo caso en sede administrativa, no obstante, los poderes de la administración son controlables por la jurisdicción y por lo tanto en sede judicial, es por ello que la ley, en nuestro caso el código contencioso Administrativo así lo determinó, lo que hace posible que el ciudadano o el afectado por una decisión de la administración pueda acceder al poder judicial en demanda del control a través del mecanismo de la acción.

1.ACCIONES ADMINISTRATIVAS

1.1 ACCIÓN DE NULIDAD

Aparece regulada en el artículo 84 del CCA, el eje central de esta acción es debatir la legalidad de un acto administrativo, dispone la norma que cualquier persona puede invocar del juez administrativo para que se pronuncie sobre esta legalidad: la nulidad es un vicio que ataca la validez de un acto administrativo. Cuando un acto administrativo nace al mundo jurídico debe tenerse como válido. Por consiguiente la carga probatoria para demostrar la ilegalidad del acto es del demandante.

Una vez formuladas las pretensiones del actor atendiendo lo anterior, el juez puede entrar hacer el proceso de adecuación entre la situación fáctica representada en el acto correspondiente, para que finalmente, teniendo en cuenta lo presentado por el demandante, el juez pueda decir si este acto se mantiene en el mundo jurídico o por el contrario debe desaparecer.

1.2. Características de ésta acción

1.2.1 Objeto único: es único, determinar si el acto administrativo es válido o no, el lo único que puede pretender el demandante.

1.2.2 Popular y pública: la primera porque el titular de la acción es cualquier persona (natural o jurídica, nacional, extranjera), y es pública porque de acuerdo con su objeto, se trata de un juicio de valor que hace el juez para proteger la integridad del ordenamiento jurídico. Cuando se declara nulo en acto administrativo, el

ordenamiento jurídico se depura, y si se declara válido el ordenamiento se fortalece. En consecuencia el interés en juego es el interés general, y como consecuencia de ello esta acción no es desistible.

Recae sobre acto administrativo: ¿qué clase de acto administrativo? Esta es una controversia. Se discute si esta acción procede contra cualquier clase de acto administrativo o solo contra algunos de ellos; mas específicamente el punto está en, si la acción de nulidad únicamente procede contra los acto administrativo de carácter general, o igualmente procede contra acto administrativo particulares; la tesis de la Corte Constitucional radica en aplicar un principio universal de derecho sobre el artículo 84 del CCA, haciendo una interpretación literal, que es aquel según el cual si el legislador no distinguió el interprete no debe hacerlo, entonces contra cualquier clase de acto administrativo procede la acción de nulidad sin ninguna restricción. La tesis del Consejo de Estado es la que los conceptos interpretativos modernos superponen la interpretación sistemática a la meramente literal; desde este punto de vista la razón de ser de la acción de nulidad es que ella opera preferentemente, contra acto administrativo de carácter general y excepcionalmente contra acto administrativo de carácter particular.

El Consejo de Estado, ha desarrollado esta excepción a la regla general decantando su posición durante un largo tiempo, creando las siguientes teorías:

Teoría de los móviles y finalidades: según esta, la acción de nulidad procede predominantemente contra acto administrativo generales, y de manera excepcional contra actos particulares, cuando del contenido de la demanda o del fallo que eventualmente se produjera, pudiese deducirse que el demandante tuvo como móvil o finalidad que se protegiera el ordenamiento jurídico; si se llega a esa conclusión, se admite que contra ese acto particular proceda la acción de nulidad, por el contrario, si de la demanda o eventual fallo existe la más mínima sospecha de que el demandante no solo persigue eso, o que del fallo que se produzca no solo se va a proteger la integridad del ordenamiento jurídico sino que se produce el restablecimiento automático de un derecho a favor del demandante, entonces esa demanda deberá rechazarse.

Teoría de la autorización legal expresa: No obstante respetarse la teoría anterior, se refuerza el concepto que la acción de nulidad es preferentemente para actos generales y excepcionalmente para actos particulares, diciéndose que además de la teoría de los móviles y finalidades, debe observarse que cuando el legislador quiso que la acción de nulidad procediese contra actos de carácter particular lo

dijo en forma expresa. A manera de ejemplos: el acto mediante el cual se resuelve sobre la nacionalidad de una persona, las llamadas cartas de naturalización, es un acto particular pero puede ser impugnado por cualquier persona al ser un problema de soberanía.

Teoría de la perturbación del orden económico: En 1996. e CE en sala plena, determina que hay una tercera tesis, respetando las anteriores teorías. Hay algunos casos en los que el acto administrativo de carácter particular, atenta contra los postulados constitucionales que guardan relación con el orden y la estabilidad de la economía nacional. Esta tesis nace como consecuencia de un caso en virtud del cual, hace 80 años unas familias adquirieron por prescripción un territorio de gran extensión, en ese se encontró un yacimiento de petróleo importantísimo que se quiso explorar por el Estado, así que se tomó la decisión de expropiar este terreno, no obstante, la suma que debía pagarse resultó ser exorbitante se resolvió demandar por acción de nulidad el acto de adjudicación de ese territorio y se sostuvo esta tesis; el CE la aceptó y declaró nulos los actos de adjudicación por resquebrajar el orden económico. Al quitarles la calidad de dueños, el Estado entró a negociar con poseedores, debiendo pagar las mejoras y ya. Hay que observar que con la anulación si hubo restablecimiento del derecho, entonces no funcionaba la teoría de los móviles, además la Ley no prevé este caso como posibilidad de ejercer la acción de nulidad, por ello se decidió aceptar ésta.

Con todo, la acción de nulidad es un juicio de validez, así que si la conclusión procesal es que la validez se mantiene, pues el acto administrativo permanecerá en el ordenamiento jurídico, y en caso contrario, procederá la declaratoria de nulidad del acto, su desaparición del mundo jurídico.

En razón de ser una acción popular, permite ser interpuesta por la persona directamente o a través de apoderado, es decir, no es obligatorio presentar esta acción por intermedio de abogado o derecho de postulación.

En cuanto al otro punto que trae el artículo 84 del CCA, sobre que la acción de nulidad procede contra circulares de servicio, actos de certificación y actos de registro, hay que hacer las siguientes consideraciones:

1.2.3 Circulares de servicio: Constituyen actuaciones de la administración que normalmente se utilizan para orientar la acción administrativa, para establecer unos criterios que deben tenerse en cuenta para efectos de la gestión administrativa que cumple una entidad determinada; esto quiere decir que estas, en principio, no

constituyen acto administrativo, entonces la razón por la cual la Ley alude a estas es porque en muchos casos, so pretexto de la consagración de cierto criterio, las entidades a través de circulares pueden terminar adoptando decisiones configurativas de acto administrativo, por ejemplo una circular en la que, para brindar una mayor atención al que utiliza los servicios de la entidad, se establece que el horario de almuerzo de los funcionarios va a ser de media hora, cuando la Ley dice que en jornada continua el funcionario tiene derecho a una hora; esto no es un criterio orientador, ni una mera política de la administración, sino que se aprovecha la vía de la circular para adoptar decisiones que producen efectos jurídicos en la que se contradice manifiestamente un precepto legal. Entonces, para estos eventos, cuando alguien considera que mediante una circular de servicios se adopta decisiones que configuran acto administrativo puede utilizarse la acción de nulidad para que se defina su legalidad.

La jurisdicción contenciosa puede considerar que una circular no es un acto administrativo, sino un simple criterio que está interpretando la Ley; para esto es útil tener presente el concepto de acto administrativo que trabaja la doctrina, porque por medio de este se puede saber si un acto cualquiera es o no administrativo, mediante el proceso de adecuación a la definición. De igual forma, hay que anotar que no necesariamente el acto que contenga una circular es violatorio de la Ley, de pronto se toma una decisión correcta y esta tiene presentes todos los requisitos de validez de un acto administrativo, por tanto el análisis del juez contencioso es doble, porque mira si es o no un acto administrativo y además, de serlo hace el juicio de validez sobre este.

No obstante lo anterior, cuando la circular resulta ser un acto administrativo, no siempre se trata de uno de carácter particular, es más, la mayoría de veces tiene carácter general, son decisiones en abstracto, entonces por ese lado no constituye una excepción a la regla general de la acción de nulidad, diferente a los dos conceptos siguientes.

1.3. Actos de certificación: una certificación, en el ámbito de lo , es una declaración de voluntad de la administración en virtud de la cual se afirma o se niega la existencia de una información que reposa en los archivos o antecedentes de una entidad; al contrario de la circular, por lo general, la certificación dado su contenido, configura un acto administrativo de carácter particular, normalmente las certificaciones aluden a situaciones jurídicas individuales, por ejemplo, cuando un empelado pide que se le de un certificado de trabajo, es decir que se diga si ha trabajado en la respectiva entidad, es en nombre propio esta certificación, es un acto administrativo de

carácter particular. Aquí el legislador es el que expresamente está permitiendo que contra un acto particular se pueda ejercitar la acción de nulidad, es decir, cabe en la segunda de las tesis que maneja el CE.

1.4 Actos de registro: Generalmente, también denotan una situación jurídica particular y concreta. Mediante dicho acto se identifica el estatus o condición que una persona asume frente al Estado, reconociendo igualmente, que el registro opera frente a informaciones existentes en la entidad correspondiente. Entonces, no obstante, el registro es un acto particular, frente a este cabe la acción de nulidad; por ejemplo, se compra un bien inmueble y se procede a hacer el registro de la escritura pública de constitución en la oficina de registro de instrumentos s; sin embargo, el acto de compraventa es un acto privado, termina configurándose como una actuación administrativa por el registro, esa actuación constituye un acto administrativo, acá hay una gran controversia sobre el objeto de la impugnación, en principio se impugna la actuación administrativa, pero es algo muy complejo, al final lo que se impugna es la información que se le ha suministrado a la administración sobre el negocio jurídico realizado.

Vista de esa manera esta acción, implicaría que se ataca un acto administrativo de carácter particular por vía de la acción de nulidad, esto plantea otra discusión porque esta acción no caduca y la puede instaurar cualquier persona, entonces en principio, cualquier persona puede impugnar un acto de registro sobre un negocio que solo atañe a quienes lo celebraron, y además, este tercero ajeno puede hacerlo en cualquier tiempo. Para solucionar esto, la tendencia de la jurisdicción, que no ha sido uniforme, ha sido la de entender que cuando en la praxis esa acción de nulidad afecte un derecho registrado, la acción procedente es de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de simple nulidad, así se protegen los derechos individuales registrados, quedando reducida esta acción para corrección de errores en los respectivos actos; por ejemplo, un error muy frecuente es que el cancelar una hipoteca lo que se hace es reafirmarse, entonces se demanda este acto; esta modalidad de la teoría de los móviles y finalidades.

Por último, en esta acción de nulidad, el artículo 84 del CCA enuncia una serie de causales que pueden implicar el vicio de nulidad en un acto administrativo, pero cual debe tenerse en cuenta que estas no tienen carácter imperativo, porque no es obligatorio aducirlas en la demanda, y no son taxativas porque no son las únicas, pueden haber otras. Bajo la anterior aclaración, las causales de anulabilidad de un acto administrativo son:

1.5 CAUSALES DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1.5.1. Cuando el acto administrativo no es conforme con el ordenamiento jurídico que le sirve de fundamento: es decir, el acto administrativo va contra la Ley, que es lo usual, o cuando es contrario a la Constitución Política. La jurisprudencia ha establecido unos criterios referenciales para saber cuando concretamente un acto es contrario al ordenamiento jurídico, y así orientar el análisis que debe hacer el juez contencioso. Los criterios son:

a. Se dice que un acto es contrario al ordenamiento cuando el acto contradice se aplica el principio dialéctico de la teoría de los opuestos, por ejemplo, si la norma constitucional permite y el acto administrativo prohíbe.

b. Indebida aplicación de la norma superior, esto se da cuando la norma superior regula una conducta de determinada manera y el acto administrativo aplica esta norma para resolver situaciones jurídicas no contempladas en ella, por ejemplo, una norma legal que reconoce beneficios económicos a ciertos trabajadores, que es aplicada por un acto administrativo para trabajadores que ella no contempla.

c. Incorrecta interpretación de la norma superior, esto equivale a que el acto administrativo le de un sentido a la norma superior que ella no tiene.

1.5.2. acto administrativo expedido por funcionario incompetente: La falta de competencia es actuar sin facultades para hacerlo, hay que recordar que el principio general es que las competencias tienen que estar previamente establecidas en el ordenamiento jurídico, entonces si un funcionario actúa sin competencia incurre en extralimitación de sus funciones.

1.5.3. La expedición irregular del acto administrativo: Lo que equivale a que el acto administrativo se expide con desconocimiento de las reglas que regulan su formación. Hay un vicio de forma que compromete la sustancia del acto administrativo.

1.5.4. falsa o indebida motivación: La motivación se refiere a la sustentación seria y razonada de la decisión que el en el acto administrativo se adopte, lo cual quiere decir que los fundamentos de la decisión sean ciertos, reales y lícitos; igualmente se alude allí a que las normas invocadas correspondan a la situación que se resuelve. Cuando la motivación no tiene estas características es incorrecto, por eso se habla de indebida motivación, y

consecuentemente si ésta no corresponde a la realidad entonces se habla de falsa motivación.

1.5.5. Violación del derecho de audiencia o de defensa: quiere decir que el acto es nulo cuando se viola el debido proceso, esto de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política que dispone que el debido proceso se aplica no solo a las actuaciones judiciales, sino también a las administrativas. Entonces, toda persona debe ser escuchada en estas actuaciones, se le debe dar al particular la oportunidad de que se defienda.

1.5.6. Abuso o desviación de poder: consiste en que todo acto administrativo debe estar expedido para el cumplimiento de los fines esenciales que deben inspirar su incorporación al mundo jurídico, de tal manera que cuando se compruebe que el acto contraría estos fines, entonces se dice que allí hay un abuso o desviación de poder; la causal es un choque entre la finalidad jurídica del acto y la finalidad de quien lo expide.

▪ **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

El artículo 85 del CCA, señala que quién se crea lesionado con la expedición de un acto administrativo, en un derecho suyo protegido por el ordenamiento jurídico, podrá entonces invocar la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho. Esta acción presenta unas características propias, a saber:

1. Acción Mixta: tiene doble objeto. En primer lugar busca la permanencia o no del acto administrativo en el ordenamiento jurídico, es decir la nulidad. Y segundo que como consecuencia de esto se restablezca el derecho lesionado por la ilegalidad de ese acto administrativo.

2. Pública y Particular: ¿Quién invoca la nulidad? El titular de la acción no es cualquier persona, sino solo aquella que se crea lesionada en su derecho por la expedición de un acto administrativo; la legitimación en la causa es diferente a la de la acción de nulidad que es popular, acá es solo quien ha sufrido o crea haber sufrido una lesión en un derecho con la expedición de un acto administrativo. Esto también hace que esta acción sea mixta, puesto que es pública en cuanto a la nulidad y es particular en cuanto al restablecimiento del derecho.

3. Procede contra acto administrativo de carácter particular: predominantemente esta acción procede contra los actos

particulares, no obstante, excepcionalmente también puede dirigirse contra actos de carácter general, siempre que estos vulneren un derecho individual protegido por el ordenamiento jurídico.

4. Violación o lesión de un derecho protegido por el ordenamiento jurídico: Aquí se establece un supuesto indispensable de esta acción, que es la relación de causalidad directa entre el acto administrativo nulo y el derecho lesionado, si esto aparece establecido se puede invocar el restablecimiento del derecho lesionado.

▪ **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

Es una acción conferida por el ordenamiento jurídico para regular lo concerniente al régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter extracontractual; esa es su razón de ser o fundamento, de tal manera que esa acción encuentra un vínculo directo con la definición de ese tipo de responsabilidad.

En el artículo 1 de la Constitución Política, se establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual implica un gran compromiso con la protección de los derechos fundamentales de todos sus habitantes sin distinción de ninguna naturaleza. Lo que es consecuente con el mandato del artículo 2 constitucional, en virtud del cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas y o para causarles daño. El artículo 90 constitucional, completa ese esquema según el cual el Estado debe responder patrimonialmente por la conducta activa u omisiva de sus agentes, siempre que con ella se cause un daño antijurídico; luego el mismo artículo establece la acción de repetición, que también es una acción indemnizatoria, pero referida a la posibilidad que tiene el Estado de recuperar lo pagado por el daño generado por uno de sus agentes.

Entonces, cuando quiera que una persona se considere afectada, lesionada por la conducta del Estado a través de uno de sus agentes, lesión que no está obligada a soportar, puede utilizar esta acción de reparación directa, establecida en el artículo 86 del CCA, y se le resarza el perjuicio sufrido.

La acción se llama de reparación directa porque no hay que atacar ningún acto administrativo, lo que hay que atacar es el comportamiento del Estado expresado en una acción, omisión, hecho, operación administrativa y de la ocupación temporal o permanente de inmuebles por razón de trabajos s o por cualquier causa.

Supuestos de la acción desde el punto de vista sustantivo:

1. Se trata de una conducta del Estado que puede ser activa u omisiva. Le artículo 90 constitucional habla del Estado, el cual debe ser entendido para todas las ramas del poder, organismos autónomos constitucionales, organismos de control. Por lo que se predica la responsabilidad del Estado a través de cualquiera de sus autoridades.

2. La conducta puede ser lícita o ilícita. Se ha admitido plenamente que conductas regulares del Estado que realice dentro del margen de sus funciones constitucionales y legales puedan generar daños antijurídicos indemnizables.

3. Se causa un daño antijurídico. Es esa lesión que se produce en un derecho protegido por el ordenamiento jurídico que el damnificado no está legalmente obligado a soportar. Hay lesiones producidas por el Estado, debidamente comprobadas, que el administrado tiene la obligación legal de tolerar. Ejemplo: se construye un edificio del Estado en una zona de la ciudad con el propósito de concentrar allí todas las entidades del municipio respectivo. Al realizar la construcción se le quita la vista a un club que quedaba allí, entonces, se desvalorizan las acciones porque el principal atractivo del club era la vista que tenían los apartamentos. El dueño de la acción no podrá reclamar en ese caso la indemnización del perjuicio que indiscutible ha sufrido, pero es un daño que está obligado a soportar.

Se pavimenta una vía y eso ocasiona que ahora pasen por allí los buses de servicio de manera permanente, entonces, el paso de los automotores afecta la pintura de la fachada de las casas de esa vecindad y produce contaminación auditiva, sin embargo, allí hay una lesión respecto de la cual los propietarios no pueden reclamar una indemnización del Estado; es un daño que deben tolerar.

4. La relación de causalidad. Que el daño antijurídico sea producido por la conducta activa u omisiva, lícita o ilícita del Estado

5. Titular de la acción. El legitimado en la causa para efectos de ejercer esta acción es quien se considere lesionado por la conducta del Estado.

6. Es particular. No es una acción pública ni popular. Es particular porque es una acción indemnizatoria. No es una acción popular porque no la puede ejercitar cualquier persona, únicamente quien se sienta lesionado por la conducta del Estado.

El artículo 86 del CCA, el Estado es demandante, y entonces, por virtud de las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, aparece este segundo en el que se atribuye también esta acción al Estado en tres modalidades, así:

1. Acción de repetición. Cuando el Estado persiga recuperar lo pagado como consecuencia de la indemnización de un daño causado por uno de sus agentes. Ya esa figura venía en el CCA del año 1984 en una forma tímida en el artículo 78; lo que hizo el constituyente del año 1991 fue constitucionalizar la acción. El legislador incorporó la figura en el artículo 86 del actual CCA, pero es tan importante que posteriormente, el mismo legislador expide la Ley 678 de 2001, que es el estatuto de la acción de repetición.

2. Contencioso entre entidades públicas. Se admite la posibilidad que una entidad pública le cause un daño a otra; no sólo se consagra el instrumento para que judicialmente se resuelva el asunto, si no que si la entidad que sufre la lesión no lo utiliza, incurre en un desdén administrativo, en un abandono, en una conducta que reitera el daño que se le ha producido al patrimonio del Estado y eso le genera un tipo de responsabilidad.

3. Acción del Estado contra los particulares que atenten contra su patrimonio. En este caso, el criterio de definición de la responsabilidad no se maneja con las normas del derecho administrativo, porque se discute la responsabilidad de un particular, entonces, los criterios de responsabilidad extracontractual son los del Código Civil.

▪ ACCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

El texto pertinente aparece en el artículo 87 del CCA. Esta norma, necesariamente hay que articularla con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que es el Estatuto de la Contratación Pública en Colombia.

El artículo 75 de la Ley 80 dispuso que el Juez de los contratos estatales es el juez de lo contencioso administrativo. En el artículo 87 del CCA, para efectos del control judicial de los conflictos derivados del contrato, se distinguen los tipos de actuaciones que forman parte de la actividad contractual del Estado, y eso es explicable porque una actuación contractual está integrada por distintos procedimientos y declaraciones de voluntad, que jurídicamente, si bien es cierto que se relacionan, tienen independencia. Así por ejemplo, actuaciones previas como el estudio de oportunidad y conveniencia, planos, diseños etc; si se

tratase de una licitación, habría una orden de apertura, avisos, publicación de los pliegos, audiencias, evaluación de las propuestas, posteriormente habrán unos contratos conexos y aparecen también otras actuaciones como la caducidad, las multas, la terminación unilateral del contrato. Por todo ello, el legislador ha entendido que la contratación estatal es una actuación compuesta y compleja, que está integrada por una serie de procedimientos que se articulan entre sí, que son procedimientos que responden a unas declaraciones de voluntad, y además que todas esas actuaciones concurren a la formación de la actuación contractual; también entiende el legislador que no todo esto debe recibir el mismo tratamiento, porque jurídicamente esas actuaciones son independientes. Así pues, el legislador ha entendido que, si bien existe esa articulación para configurar la actuación contractual, para efectos del control judicial no es necesario atacar todo cuando surja un conflicto; el legislador ha hecho esa separación para efectos del control judicial.

En el marco de la actuación contractual, esas actuaciones son categorisables jurídicamente así:

1. ACTO ADMINISTRATIVO. Se observa que en una actuación contractual hay acto administrativo. Ejemplo: los actos mediante los cuales se adopta el estudio de oportunidad y conveniencia, los pliegos de condiciones y términos de referencia, las labores de apertura de licitación etc.

Es evidente que durante la actuación contractual o por razón de ella, se expiden diversas clases de acto administrativo. Una primera consideración es que hay acto administrativo que se expiden antes de la celebración del contrato y otros que se expiden con posterioridad a la celebración del mismo. Este planteamiento fue el que dio lugar a la teoría de los actos administrativos separables del contrato y los dependientes del mismo.

Los actos administrativos separables del contrato son los que existen independientemente de que el contrato exista o no. Los actos administrativos dependientes del contrato son los que solo pueden existir en la medida en que exista el contrato, no podría explicarse la existencia de esos actos si el contrato no existiera. Por ejemplo una interpretación unilateral, una modificación unilateral, una multa o declaratoria de caducidad.

En el artículo 87 del CCA a los actos administrativos separables se les llama previos y dependientes o contractuales a los que depende su existencia del contrato.

Los actos previos, son vistos como acto administrativo puros, y el artículo 87 del CCA, dice que se controlarán judicialmente a través de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Para saber cual procede, debe determinarse el tipo de acto administrativo que va a ser impugnado. Si es un acto administrativo de carácter general, será atable a través de una acción de nulidad, si es particular, pues será por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La Ley señala unas consecuencias especiales para estas dos acciones.

1.1 Para los actos previos:

1.1.1 La norma señala un término único de caducidad de 30 días.

Si se quiere atacar cualquiera de esos actos previos, tiene que atacarse dentro de los 30 días siguientes a su publicación, comunicación o notificación. Por lo tanto, frente a la caducidad no hay diferencia entre la acción de nulidad y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando la regla general establece que la primera no caduca y la segunda tiene un término diferente. Aquí se estableció un término único, 30 días.

1.1.2 Estas acciones no suspenden la actuación contractual. Aquí hay que entender que la interposición de las acciones no suspende la actuación contractual, a menos que el juez administrativo decrete la suspensión provisional del acto correspondiente.

1.1.3. La tercera consecuencia implica que se conceden 30 días para impugnar cualquiera de los actos previos, a menos que dentro de ese lapso se haya firmado el contrato. Si dentro de los 30 días no se ha firmado el contrato, para impugnar cualquier acto previo, debe utilizarse la acción de nulidad o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según la naturaleza jurídica del acto. Si dentro de los 30 días se celebra el contrato, antes de que se presente la demanda, se produce una especie de transformación porque la acción cambia; ya no se puede atacar el acto previo directamente, la Ley obliga a demandar el contrato sobre la base de la nulidad del acto previo que se quería demandar. Esto resulta innecesario porque ya la Ley 80 había resuelto el tema, puesto que en su artículo 44 dice que el contrato es automáticamente nulo cuando se declara la nulidad de un acto previo.

1.2 Para los actos posteriores.

Como son dependientes del contrato y se someten al mismo régimen de éste, entonces la acción que procede contra ellos es la

contractual; con la consideración adicional que el hecho que contra esos actos posteriores proceda la acción contractual no excluye la posibilidad de declarar la suspensión provisional de esos actos, eso quiere decir que se puede impugnar el acto de declaratoria de caducidad del contrato con la petición de su suspensión provisional, porque a pesar de que la acción sea contractual, hay que recordar que el acto sigue siendo administrativo.

2. El contrato principal. Se trata del contrato en sí como acuerdo de voluntades. Por lo cual contra este procede la acción contractualmente dicha. Sobre esto, el artículo 87 del CCA dice que puede ser utilizada para que se dirima cualquier conflicto derivado del contrato y también los contratos previos. El artículo dice que podrá pedirse que se declare:

2.1 La existencia del contrato. Se puede partir del supuesto que el contrato no existe y que por lo tanto el juez debe declarar su existencia o inexistencia, teniendo en cuenta lo expresado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

2.2 La nulidad del contrato. Aquí el problema ya no es la existencia sino de validez del contrato. Para esto operan las causales de nulidad del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, allí se determina porque un contrato estatal es nulo, no solo por las causales previstas en el derecho privado en el Código Civil y Comercial, sino también por las especiales que contempla el estatuto contractual, como cuando los actos previos son declarados nulos, cuando se firma el contrato con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuando se celebra el contrato sin que se respete el principio de protección a la industria y servicios nacionales.

2.3 Indemnización de perjuicios. Se parte del supuesto de la existencia y validez del contrato, se discute es que durante la ejecución del contrato el demandante sufrió perjuicios por parte del demandado, siendo este el Estado o el contratista.

2.4 Incumplimiento del contrato. Por último dice la norma que puede invocarse cualquier otra declaración o condena derivada de la actuación contractual, lo que señala el carácter enunciativo del artículo.

3. Los contratos conexos. En una actuación contractual no solamente existe ese negocio jurídico que podría denominarse como contrato principal o básico, sino que también pueden existir otros negocios jurídicos conexos con él o derivados, pero que tienen igualmente vida propia. Ejemplo, un contrato modificatorio mediante el cual se le introducen modificaciones al contrato principal, es un

contrato dependiente del principal, pero que tiene autonomía e independencia, así, se resuelve que la carretera no va a ser en ciertos tramos, por lo cual se puede presentar un conflicto entre el contrato conexo y el principal, ya que se puede presentar un incumplimiento en la modificación introducida, caso en el cual, el conflicto surge del contrato modificadorio y no del contrato principal. Entonces, el legislador ha entendido que no se necesita demanda el contrato principal para demandar el contrato conexo y por eso los separa.

Sin embargo, contra ellos procede igualmente la acción contractual para alegar cualquiera de los aspectos mencionados en el numeral anterior; con la consideración adicional según la cual, para demandar un negocio jurídico conexo al contrato, no es necesario demandar el contrato principal. Si bien es cierto el negocio conexo depende del negocio principal, se debe establecer que institucionalmente el negocio conexo tiene autonomía, e independencia jurídica. El contrato principal en ese proceso servirá como prueba, en la medida que por este se celebró aquel, pero hay que separar el uno del otro.

Providencias y decisiones emanadas de la actuación contractual: En primer lugar, estas providencias pueden provenir de la misma jurisdicción contencioso administrativo, por ejemplo, se está ejecutando un contrato y la administración por distintas causas le impone una multa al contratista, éste contra ese acto administrativo puede interponer los recursos de la vía gubernativa, y de serle desfavorables acude a la jurisdicción mediante la acción contractual (por ser un acto posterior al contrato); el contratista por esta vía invoca la nulidad de ese acto y que se le restablezca su derecho, en el sentido que no está obligado a pagar esa multa, o si ya la pagó y se la descontaron, que le devuelvan el dinero; a causa de lo anterior se dicta sentencia condenatoria en contra del Estado. Esta es una providencia emanada de la jurisdicción contenciosa administrativa sobre esa actuación contractual, esta providencia tiene recursos ordinarios y extraordinarios, y finalmente, si todo queda en firme y la administración no paga, se puede adelantar proceso ejecutivo.

Esta es otra modalidad de control judicial sobre la contratación; por eso, el artículo 87 del CCA en su último inciso, trae la posibilidad de ejecución de las providencias emanadas de la jurisdicción contenciosa, bien sea de condena en contra o a favor del Estado.

Igual ocurre con los laudos arbitrales proferidos en relación con la actuación contractual, estos se encuentran a partir del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, allí se regula el arbitramento en materia de contratación estatal; se determina que contra la providencia que profieren estos árbitros, llamada laudo arbitral, procede el recurso

especial de anulación ante la sección tercera del Consejo de Estado; las causales para invocar este recurso también se encuentran en el artículo 70; igualmente se señala que contra la sentencia que resuelve el recurso de anulación procede el recurso extraordinario de revisión ante la sala plena del Consejo de Estado. Si el laudo arbitral queda en firme también es ejecutable.

En este punto también se habla de decisiones adoptadas mediante conciliación, sea judicial o extrajudicial, son providencias expedidas en la función de administrar justicia, por propio mandato constitucional, por eso, si bien no se trata de una sentencia propiamente dicha, al tener ese carácter judicial, cuando queda en firme presta mérito ejecutivo, y con base en ellas se puede realizar la ejecución ante lo contencioso administrativo.

- **ACCIÓN DE REDEFINICIÓN DE COMPETENCIAS (Artículo 88, derogado por el artículo 4 de la Ley 954 de 2005)**

El objeto de esta acción era el de dirimir un conflicto de competencias entre entidades administrativas, ese conflicto de competencias puede ser positivo o negativo, el primero cuando ambas se declaran competentes para conocer de un asunto y negativo en el caso contrario, ambas se declaran incompetentes. Planteado el conflicto, de oficio o a solicitud de parte, la jurisdicción contenciosa debe pronunciarse por un procedimiento sumario, de tres días, sobre quién tiene la competencia realmente. Esta acción desapareció, ya que no se trataba de una acción contenciosa porque no tenía nada de litigio y se trataba más de un problema netamente administrativo.

- **EJEMPLOS Y CASOS EN LOS CUALES APLICAN LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS**

1. Pedro solicita al Ministerio de Educación se le reconozca su pensión de jubilación, el Ministerio se abstiene de contestar, causándole un perjuicio a Pedro por la omisión de responderle. Pedro se siente perjudicado con esa omisión del Ministerio y presenta acción de reparación directa ante el juez contencioso contra el Ministerio. Es correcto el proceder de Pedro, ¿si o no por qué?

La acción de reparación directa contra abstención estatal procede cuando legalmente existe la obligación de actuar de una manera determinada, y no frente aquellas omisiones que provienen del

silencio administrativo porque estas últimas se atacan por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

2.El concejo municipal de Sopo expide un acuerdo municipal en el que se aprueba el POT del municipio, sin contar con la mayoría requerida para la aprobación del mismo. Usted quiere atacar ese acuerdo, ¿Qué acción utiliza y bajo que argumento lo atacaría?

Acción de nulidad por vicio de forma.

3. El Secretario de Movilidad remueve a un asesor suyo inmotivadamente, el cual ha cumplido a cabalidad sus funciones y ha recibido una condecoración por parte de la entidad en razón a su impecable servicio y conocimientos. Además cumple con suficiencia los requisitos del cargo de asesor establecidos en el manual de funciones y requisitos. El Secretario de Movilidad, nombra en su reemplazo a una persona que ni siquiera cumple con los requisitos del cargo, pero es su abogado de confianza. El ex asesor quiere que lo reintegren al cargo ¿Que acción, y por que motivo podría atacar el ex asesor esos actos administrativos?. ¿Podría usted demandarlos, si o no por qué?.

Acción de nulidad y restablecimiento por desvío de poder. Yo si podría demandarlo si sólo busco la nulidad de los actos.

4. El alcalde de Bogotá en virtud de las leyes urbanísticas, emite un acto que dice que el espacio no sirve para la explotación económica, por tanto todos los permisos de funcionamiento de los vendedores ambulantes quedan extinguidos: con este acto de carácter general, abstracto e impersonal, se afectan derechos individuales, entonces, ¿Qué acción deben utilizar los vendedores ambulantes?

Este acto puede ser demandado por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero solo por aquellos que tenían permiso y dentro del tiempo establecido para ello.

EVALUACIÓN DEL CAPITULO:

1. Enuncie las acciones contencioso administrativas
2. Explique en qué consiste la acción de nulidad
3. Explique en qué consiste la acción de nulidad y restablecimiento del derecho
4. Explique la acción de reparación directa
5. Explique la acción contractual.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

1. ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ (2005) COMPENDIO DE CONCEPTOS JURÍDICOS DE LA HACIENDA PÚBLICA DISTRITAL, Bogotá, Unidad Imprenta Distrital.
2. ANGELETI ADOLFO (1.986) LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ITALIA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
3. ARIÑO O. GASPAR (2.003). PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
4. ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y CIENCIA POLÍTICA, (1.994). NUEVAS CORRIENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike.
5. BAEZ MARTINEZ ROBERTO, (1.990) MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, México D.F. Editorial Trillas.
6. BAQUER LORENZO MARTIN RETORTILLO. (1.996). DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE NUESTRO TIEMPO. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina.
7. BERROCAL GUERRERO, LUIS E. (2001). MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Ediciones librería El Profesional.
8. BUITRAGO C. LUIS A. (2000). REGIMEN JURÍDICO DE LOS EMPLEADOS OFICIALES, Bogotá: TEMIS.
9. BREWER-CARIAS ALLAN R. (2005) DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I. Bogotá, IMPRESOS UNIVERSIDAD Externado de Colombia- Universidad Central de Venezuela.
10. CAMARGO PEDRO P. (2002) Las Acciones Populares y de Grupo, Bogotá, Editorial Leyer.
11. CARRERA ADMINISTRATIVA LEY 909 Y DECRETOS REGLAMENTARIOS (2006) Bogotá, Publicaciones El Trebol.
12. CASCAJO C. JOSE L. (1.994) CONSTITUCIONES EXTRANJERAS CONTEMPORÁNEAS, Madrid, Editorial Tecnos.
13. CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (2006) Bogotá, Grupo Editorial Leyer.
14. CONGRESO NACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. (1.980). Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo Compilación Estudios y Documentos. Bogotá, Escuela Superior de Administración Pública.
15. COMADIRA JULIO R. (2.005). ELEMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Buenos Aires. La Ley

- 16.COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE C.R.A. (2.001) EL ESTADO DEL ARTE DE LA REGULACIÓN. Bogotá, Tercer Mundo Editores.
- 17.CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (2008) Bogotá LEGIS EDITORIAL.
- 18.CONSEJERÍA PARA LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO (1.993) HACIA UN ESTADO MODERNO TOMOS I II Bogotá Editorial La Oveja Negra Ltda.
- 19.CHIAVENATO IDALBERTO, (1.995) INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN, Bogotá, McGRAW HILL.
- 20.DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PÚBLICA, (1.997), MEMORIAS MISION DE REFORMA Y RACIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL TOMOS I y II, Bogotá, Imprenta Nacional.
- 21.DE SOUSA SANTOS BOAVENTURA (1.999), LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO, Bogotá Unibiblos Universidad Nacional de Colombia.
- 22.DUQUE G. HORACIO. (1.997) LA DESCENTRALIZACIÓN Y EL DESARROLLO INSTITUCIONAL EN COLOMBIA, HOY, Bogotá, Publicación de la Escuela Superior de Administración Pública.
- 23.DUEÑAS OSCAR J.(1.994) ACCION DE TUTELA , Bogotá , Ediciones librería El Profesional.
- 24.EXPOSITO V. JUAN C. (2003), LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COLOMBIANO Y ESPAÑOL, Bogotá, Fondo Editorial Universidad Externado de Colombia.
- 25.FORTES M. ANTONIO (2.004) EL REGIMEN JURÍDICO DE LA AUTORIZACIÓN AMBIENTAL INTEGRADA. Madrid España, La ley Actualidad S.A.
- 26.GALVIS GAITAN FERNANDO, (1.987), ADMINISTRACION PÚBLICA, Bogotá, Publicaciones Escuela Superior de Administración Pública.
- 27.GARCÍA H. ORLANDO (1.994) LECCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Fondo de Publicaciones Institución Universitaria Sergio Arboleda.
- 28.GOMEZ ARANGUREN GUSTAVO (2.004) DERECHO ADMINISTRATIVO, Bogotá ABC EDITORES LIBRERÍA Ltda.
- 29.GOMEZ C. EFRAIN (1.995) NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE.

30. GONZALEZ R. EFREN. (2000) EL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
31. GORDILLO AGUSTIN, (1.998) TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMOS I y II, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike.
32. INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO, (2.006) LECCIONES DE DERECHO DISCIPLINARIO, OBRA COLECTIVA, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
33. KELLY EAMON (2006) LA DECADA DECISIVA, Bogotá, Grupo Editorial Norma.
34. LEY DE REGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN (1.993) Madrid España, Editorial Civitas S.A.
35. LEY 489 DE 1.998
36. MADRIÑAN R. RAMON E. (1.997) EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO, Bogotá, Ediciones Jurídica Gustavo Ibañez.
37. MODERNE FRANCK (2.002), APUNTES DE DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO, Bogotá, Centro Editorial Rosarista Universidad del Rosario.
38. MORA C. ESTEBAN Y OTRO (2.000) DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL ADMINISTRATIVO. Bogotá, Grupo Editorial Leyer.
39. OST FRANCOIS, y OTRO (2001) ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO, Bogotá, Publicaciones Universidad Nacional de Colombia.
40. PAILLET MICHEL (2.001) LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
41. PAREJO ALFONSO LUCIANO, (1.998), PERSPECTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO PARA EL PRÓXIMO MILENIO Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
42. PARRA G. WILLIAN R. (1.994) MANUAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Ediciones librería El Profesional.
43. PENAGOS GUSTAVO (2000), DERECHO ADMINISTRATIVO PARTE GENERAL, Bogotá, Ediciones Librería el Profesional.
44. PENAGOS GUSTAVO (1.995), EL SERVICIO PÚBLICO, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho.
45. QUINTANA A. JUAN J. (1.994) INSTITUCIONES BASICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA, Bogotá, Lito Imprimiendo.

46. RAMOS ACEVEDO JAIRO, (2003) CATEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
47. RESTREPO JUAN CAMILO (1.994), HACIENDA PÚBLICA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
48. ROCHA O. CESAREO (2.006) MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.
49. RODRIGUEZ S CARLOS M. (1.996) MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Ediciones Librería El Profesional.
50. RODRIGUEZ GUSTAVO H. (1.982) DERECHO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Editorial Colombia Nueva.
51. RODRÍGUEZ R. LIBARDO, (2.006) DERECHO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Temis Editorial.
52. RODRÍGUEZ M. MARIO (1.989) NOTAS PARA UN CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Medellín, Universidad de Medellín.
53. ROJAS F. ENRIQUE, (1.998) LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE COSTA RICA TOMOS I y II San José Imprenta Nacional.
54. ROJAS A. GABRIEL (1985) EL ESPIRITU DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Temis.
55. VELEZ G. JORGE (1.996) LOS DOS SISTEMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Fondo de Publicaciones Institución Universitaria Sergio Arboleda.
56. YOUNES MORENO DIEGO (1.997) CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Temis.
57. VIDAL P. JAIME. (1.994) DERECHO ADMINISTRATIVO, Bogotá, Temis.



SEGUNDA PARTE

ÉTICA

INTRODUCCION

No basta con el saber del concepto o saber debatir del concepto o su estructuración y contexto académico del concepto de Ética.

La fenomenología de la razón o la razón del fenómeno de lo Ético, es el hombre, como individuo, ser humano, único e irrepetible, visto como ese concreto complejo no solo de información si no de vivencias, de anhelos, objetivos, desilusiones, frustraciones, logros y éxitos, vidas, saberes, pasiones y experiencias, que lo hacen un ser inigualable en cualquier contexto, no solo social si no psicológico y cultural.

Entonces, ese sujeto, cargado de esa complejidad no puede reaccionar de manera igual en todos los contextos, es difícil pensarlo como ser en sí repetible, a la usanza de clon, o domeñable a la condición de un individuo de rebaño, en tal sentido, lo Ético, no puede constituir un componente de cualquiera de los dos extremos, debe ser un aspecto enderezado hacia el equilibrio entre los dos, y por encima de éste es como un tercero que será un elemento pensado en un mejor vivir, un mejor estar consigo mismo.

Este debate que me propongo frente al individuo en lo introductorio de lo Ético, es la razón para exponer esta segunda parte como un referente de reflexión a partir de interrogantes, que constituyen el medio para hacer parir ideas, en idénticas condiciones que lo fueron los métodos Socráticos en el caso de la Mayéutica.

El ejercicio así planteado me permite introducir al estudiante en ese complejo de lo Ético, antes que plantear un debate en un ambiente que no es o que no puede florecer.

Lo razonable del ejercicio es la Ética pensada en un para qué en un para dónde antes que un concepto huero, fundado en muchas definiciones sin un terreno donde pueda fructificar.

OBJETIVOS

Dada la importancia de la ética en la vida social y profesional al interior de la sociedad y de su estrecha relación con la Administración Pública, los objetivos a cubrir se descomponen en dos partes:

Primero:

Me propongo que los estudiantes, analicen, diferencien y esté en condiciones de aplicar criterios y valores éticos para las situaciones y la solución de los problemas planteados en el curso que correspondan al ejercicio profesional, a la realidad personal y social. Permitiéndoles desarrollar competencias argumentativas, interpretativas y propositivas en su vida personal y profesional.

Segundo:

Dada la importancia de afianzar elementos teórico prácticos y de convivencia entre los colombianos con el fin de contribuir en la mejora de la Administración Pública, y la función administrativa los estudiantes desarrollaran las siguientes acciones:

- Identificar y diferenciar los fundamentos ético – filosóficos que le permitan al estudiante argumentar a favor de los procedimientos para definir salidas a los dilemas éticos en la práctica profesional, Introduciendo al estudiante en una reflexión crítica sobre la razonabilidad de la acción humana, desde un acceso al hecho moral.
 - Describir, analizar y proponer alternativas de solución a los problemas específicos en la práctica profesional, con apoyo de teorías sobre responsabilidad social, con base en el estudio de casos y con una lectura crítica de su entorno social.
 - profundizar en el conocimiento de las normas morales y las disposiciones legales que rigen el ejercicio del Derecho Administrativo, de forma que el estudiante reconozca los principios éticos que las sustentan.
 - Determinar las implicaciones que tiene la moral y la ética en la vida profesional, construyendo con el estudiante un modelo moral desde la perspectiva de la edificación de la comunidad humana.
 - Descubrir cuan importante es el saber inculcar sólidos valores y correctas normas de conducta los cuales serán de gran utilidad en la vida personal y profesional de una persona
 - Reafirmar la importancia que tiene la ética en el Derecho Administrativo.
- Con ello creo que se cumplen los requisitos básicos de este curso el cual esta dirigido a una importante y compleja profesión como la Administración Pública.

I. INTERROGANTES:

A continuación, y con el fin de orientar una sensibilización al tema de la Ética, me permito formular los siguientes interrogantes:

Interrogantes Pertinentes, impertinentes, lógicos e ilógicos, provocadores, desafiantes, insultantes o insinuantes, todos relativos a tus conductas a tus pensamientos y a tus obras

1.1. Es usted capaz de matar para defender tu vida, la vida de su familia y la de un conglomerado?

1.2 ¿Qué pasa si a quien debes matar es a un hermano o un hijo?

¿Permitirías que un hijo tuyo sea exonerado de la horca cuando se sabe su responsabilidad y en cambio es sacrificado un particular?

Te aborda una mujer o un hombre que te atrae y te insinúa algo de lo que más deseas ¿tomas una decisión administrativa en materia contractual a cambio de satisfacer lo deseado aun cuando sea contrario a la ley?

Tienes en tu mano la decisión de aceptar un negocio muy lucrativo, o perder el empleo si no lo tomas por tu decisión,

Tienes en tu mano la decisión de aceptar un negocio muy lucrativo pero contrario al bien común, o perder el empleo si no lo tomas por tu decisión,

Valora tus eventuales decisiones

Tienes la oportunidad de matar por un millón de dólares y la posibilidad de arrepentirte, pagando la mitad en tu iglesia?.

Tienes la oportunidad de viajar al exterior en asocio de tu familia, serias capaz de delatar a tu hermano, a tu padre o a tu compañero (a) o (o) más cercano por la comisión de de delitos atroces a cambio de tal oportunidad?

¿Serías capaz de cantar una verdad en o denunciar un crimen ante un juez sin ninguna contraprestación?

¿Harías lo mismo con cargo a una contraprestación?

Ponte en una u otra posición de las dos anteriores, piensa en el ya y el ahora y piensa en tu futuro, ¿qué escribirías en uno u otro caso?.

Eres débil ante las pasiones sexuales, o el dinero, o la buena vida, o los bienes, o los viajes, o los vehículos, o la ropa, o la comida, o el poder, o el reconocimiento o alguna cosita más?

¿Cómo concibes las debilidades?

¿Cómo te vez ante los demás dándole gusto a una de esas debilidades?

¿Cómo crees que te ven los demás cuando tu le das rienda suelta a la debilidad?

¿Crees que tu debilidad es infundada o fundada en lo que los demás pueden pensar de ti?

Tu vales por lo que tienes o por lo que eres?

¿Eres por lo que eres o por lo que los demás creen que eres?

¿Eres por que eres por que te lo propones o por que los demás te proponen que eres?

¿No eres por lo que eres, eres por lo que crees que eres mas no por lo que debes pensar que debes ser?

¿Los demás valen por lo te tienen o por lo que son?

¿Los demás deben ser por lo que tu crees que deben ser o deben ser por lo que ellos sean?

Si los demás son por lo que son, no por lo que tienen y tu eres por lo que crees ser como crees que los demás deben pensar por lo que eres?

Si los demás adoptan conductas que tu consideras reprochables aún cuando no lo sean para ellos, pero no reprochan tus conductas por lo que tu eres? En ese sentido consideras un empate? O hay una incompatibilidad?.

Si consideras que tienes conductas reprochables y las haz enmendado, tienes la oportunidad de volver a incurrir en ellas a sabiendas que puedes volver a enmendarlas ¿lo harías nuevamente?.

El no incurrir en la conducta ¿lo consideras un principio o un valor?

¿Tienes un afán protagónico? o protagonizas tu propia vida?

¿Eres responsable por que tu crees que lo eres, o por que los demás te lo han sugerido y tu crees lo los demás?

¿eres puntual por que debes o porque estas convencido aun cuando no sea necesario?

Imagínate que hoy debes morir, eres consciente de ello, estarías en capacidad de ofrecer información o disculpas por tus actos o te llevarías tus secretos a la tumba?

Tu sabes que vas a morir en el mismo día, tu sabes que salvas tu vida al develar la verdad, pero con ello le causa la muerte a otros injustamente, salvas tu vida o la de los demás?

Eres feliz por que los demás son felices o por que los demás te han dicho que debes serlo sin sentirlo?

O Eres feliz por que lo sientes sin importar que para los demás no sea motivo de ello?

Estos interrogantes debes portarlos al momento del ejercicio de lo , de tu vida en comunidad, del ejercicio diario, intenta darle respuesta y ponlos en contacto con los demás valóralo. Saca tus propias conclusiones.

Estamos ante un abre bocas provocativo acerca de temas relativos a la Etica y la Moral. No tenemos respuestas definitivas

2. Conceptos Básicos:

Con el fin de ir explorando respuestas ante estas inquietudes empezamos por revisar algunos puntos que nos unen y otros sobre los que controvertimos así:

2.1. Moral: Conjunto de reglas o normas de comportamiento en que se establece la distinción entre lo bueno y lo malo como criterio de perfección humana.

Moral proviene del Latin Moralis, De mos (plural Mores), moris, costumbre, Relativo a las costumbres o a las reglas de conducta: valores morales.

Una cosa que es favorable a las buenas costumbres.

Relativo al pensamiento o conciencia en lo relativo a lo físico y material.

Conjunto de reglas de conducta propuestas por una determinada doctrina o inherentes a determinada condición

Desde el punto de vista Teológico, parte de la Teología que trata de la ordenación de los actos humanos hacia su fin sobre natural.

2.2 Virtudes Morales: Virtudes que tienen como fundamento la luz de la razón

2.3 Etica proviene del Griego Ethos. Del griego Ithica,

En Filosofía parte de la filosofía que estudia la valoración moral de los actos humanos.

Para algunos la Etica se toma como la teoría sobre el fenómeno Moral. Estudio Sistemático de la Moral. La teoría de la Moral.

2.4 Relación entre Ética y Moral

La Etica no crea la Moral, Se encuentra con ella y la estudia

La Etica no se limita al estudio sociohistórico de la moralidad.

3.- ALCANCE DE LA ASIGNATURA

Cualquier proceso de formación que aborde este tema de relevante importancia, debe hallar y abrir espacios para debatir y reflexionar sobre las conductas de los seres humanos en su ser individual y social. Justificar con ligereza argumentativa el estudio de la ética en el campo personal y profesional, estaría de sobra ó sería pura retórica.

Las preguntas que sugiere la ética en momentos de crisis cobran vigencia: ¿Quién soy?, ¿Qué debo hacer? ¿Qué puedo hacer?, por mi y por los que me rodean.

Esta asignatura tiene como fin propiciar en el estudiante una reflexión sobre estas inquietudes, pero de forma dinámica, permanente y comprometida dentro de un lugar concreto de la praxis social: El ámbito de las relaciones normativas, donde el sujeto y la sociedad se conforman recíprocamente. Pero también en su espacio personal sin el cual no sería posible darse a lo social.

El estudio de la Ética en la Administración Pública se cierra mucho o pierde parte de interés cuando no se acerca a una crítica fundamental de la vida cotidiana, por esto, tendremos como punto de partida los problemas más cercanos a nosotros frente a una sociedad cada vez más globalizada y carente de reflexión en cuanto a estos temas.

Las competencias que se quieren desarrollar son: dar razones del propio actuar en lo social y en lo profesional (Argumentativa), análisis permanente de situaciones problemas y dilemas morales (Interpretativa) y la construcción de nuevo conocimiento, nuevas alternativas y capacidad de discernimiento en la toma de decisiones. (Propositiva).

4.- PALABRAS CLAVES

- Ética
- Moral

- Acción Humana
- Política
- Estado
- Principios
- Corrupción
- Derechos
- Nueva Sociedad
- Justicia
- Filosofía Moral
- Normas
- Comportamientos
- Ética Individual
- Ética Colectiva
- Poder en la Sociedad

5.- DEFINICIÓN DE ÉTICA.

Cabe resaltar que existe una gran cantidad de planteamientos o sistemas éticos elaborados a través de la historia. Cuando uno realiza un estudio sobre ética de cualquier autor o escritor de relevancia, lo que se está estudiando es una ética, es decir una teoría específica de la moral. Si se desea conocer más sobre el tema se puede consultar a otros escritores o filósofos, y seguramente se encontrará con argumentos y planteamientos distintos a los que estudio antes. Además se dará cuenta que muchos de esos planteamientos en ocasiones se enfrentan, y al final comprenderá que la ética es como un amplio pull de cartas que hablan sobre la teoría de la moralidad.

Pero lo más interesante es que cada teoría tiene algo de verdad. La gran cantidad de situaciones y de experiencias incorporadas en las vivencias morales alrededor del mundo les da los conocimientos a los escritores y pensadores para que de acuerdo a sus tradiciones culturales prefieran una sobre las demás, dando lugar a que se encuentren distintos modelos a la hora de vivir la ética.

Entonces desde un punto de vista filosófico y humanista definamos lo que es la ética y conozcamos brevemente como surge esta teoría de la moral:

Ética (del latín *ethica*, desde el griego antiguo del adjetivo *ethos*, "comportamiento, costumbre, hábito), proviene del griego "Ethikos" cuyo significado es "carácter". Ella tiene como objeto de estudio la moral y la acción humana. Su estudio se remonta al origen de la filosofía moral en la Grecia Clásica y su desarrollo histórico ha sido diverso. También se denomina Filosofía moral.

Conviene diferenciar, no obstante, entre los términos *ética* y *moral*: aunque en el habla común suelen ser tomados como sinónimos, en realidad se emplea el

vocablo *moral* para designar el conjunto de valores, normas y costumbres de un individuo o grupo humano determinado. Y se reserva la palabra *ética*, en cambio, para aludir al intento racional de *fundamentar la moral* entendida en cuanto fenómeno de la moralidad o *ethos* («carácter, manera de ser»). En otras palabras: la ética es una *tematización del ethos*, es el poner en cuestión los postulados sobre los cuales se basa la acción moral, con esta crítica se logra que estos preceptos sean más adecuados a un determinado proyecto de sociedad.

Ahora bien en la historia de la ética hay tres modelos de conducta principales, cada uno de los cuales ha sido propuesto por varios grupos o individuos como el bien más elevado: la felicidad o placer; el deber la virtud o la obligación y la perfección, para los autores todos estos postulados pueden ser generadores de un completo desarrollo de las potencialidades humanas.

En la antigüedad las escuelas griegas de ética surgieron posterior a las enseñanzas del filósofo Sócrates quien parte del concepto de virtud (areté), que interpreta como aquello para lo cual ha nacido el hombre; la virtud socrática es la ciencia, pues si el hombre es malo es por ignorancia del bien, entonces la ética es un objeto pedagógico: que se puede enseñar.

Esta ética de carácter intelectual de Socrates consiste en que lo necesario es que cada uno conozca su areté (conócete a ti mismo). Posteriormente se crearon cuatro escuelas que fueron creadas por discípulos inmediatos de Socrates: los cínicos, los cirenaicos; el hombre es dueño de si por el saber que adquiere, los megáricos (escuela fundada por Euclides de Megara) y los platónicos.

Los cínicos, en especial el filósofo Antístenes, afirmaban que la esencia de la virtud, el bien único, es el autocontrol, y que esto se puede inculcar. Los cínicos despreciaban el placer, que consideraban el mal si era aceptado como una guía de conducta. Juzgaban todo orgullo como un vicio, incluyendo el orgullo en la apariencia, o limpieza.

Los cirenaicos, sobre todo Aristipo de Cirene, eran hedonistas y creían que el placer era el bien mayor (en tanto en cuanto no dominara la vida de cada uno), que ningún tipo de placer es superior a otro y, por ello, que sólo es mensurable en grado y duración.

Los megáricos, seguidores de Euclides, propusieron que aunque el bien puede ser llamado sabiduría, Dios o razón, es 'uno' y que el Bien es el secreto final del Universo que sólo puede ser revelado mediante el estudio lógico.

Según Platón, cada parte de la psique humana debe poseer una virtud que le es propia: la parte sensual, templanza; la parte afectiva, fortaleza; la parte racional, sabiduría o prudencia. Como las partes del alma se relacionan entre sí por pertenecer a una unidad como elementos de ella, debe poseer la virtud suprema, que es la justicia. Estas cuatro virtudes platónicas pasaron al cristianismo como virtudes teologales (prudencia, justicia, fortaleza y templanza)

Aristóteles, discípulo de Platón, consideraba la felicidad como la meta de la vida. En su principal obra sobre esta materia, *Ética a Nicómaco* (finales del siglo IV a.C.), definió la felicidad como una actividad que concuerda con la naturaleza específica de la humanidad; el placer acompaña a esta actividad pero no es su fin primordial. La felicidad resulta del único atributo humano la razón, y funciona en armonía con las facultades humanas.

Aristóteles mantenía que las virtudes son en esencia un conjunto de buenos hábitos y que para alcanzar la felicidad una persona ha de desarrollar dos tipos de hábitos: los de la actividad mental, como el del conocimiento, que conduce a la más alta actividad humana, la contemplación, y aquéllos de la emoción práctica y la emoción, como el valor.

Las virtudes morales son hábitos de acción que se ajustan al término medio, el principio de moderación, y han de ser flexibles debido a las diferencias entre la gente y a otros factores condicionantes.

Otros pensadores como Epicuro afirma que el placer es el verdadero bien, pues nos indica lo que conviene o repugna a nuestra naturaleza, pero a los placeres que se refiere es a los más puros y espirituales, como es la amistad.

Para Santo Tomás, la moral es un movimiento de la criatura racional hacia Dios, que tiene como fin la bienaventuranza, la cual consiste en la visión inmediata de Dios, que se alcanza con la contemplación

Ya en el siglo XVII moralistas ingleses como Cudworth y Samuel Clarke argumentan que la moral consiste en ajustarse a la naturaleza de las cosas y comportarse de acuerdo con su propio modo de ser, que se hace y presenta a través de nuestra intuición.

Lord Shaftesbury funda el concepto de la ética del sentido moral, por el cual el hombre tiene la facultad innata para juzgar mediante un juicio de valor, las acciones y las personas, de manera que decide si las acepta o no; este sentido que orienta al hombre es una forma armoniosa de su alma.

Para Locke, la moral es la adecuación a una norma, independiente de la religión; esa norma puede ser ley divina, ley del Estado, o ley social de opinión.

Kant examina la cuestión del bien supremo y concluye que la única cosa buena en sí misma es la buena voluntad. El deber ser tiene que cumplirse sin condición alguna; tiene que haber un imperativo categórica que sea absoluto, que mande sin ningún tipo de condición; este imperativo es el hecho de que la voluntad quiera lo que quiere por puro respeto al deber; sólo de esta manera una acción puede tener valor moral.

La ética de Bentham tiene su fundamento en el criterio de sanción; en ella, cuando se dice que algo es bueno o que es malo, se debe tener un fundamento, una sanción, que justifique que en realidad lo es; incluye lo lógico en la ética, ya que es muy importante formular un juicio que hace que lo verdadero sea creído, afirmado y amado.

Otras escuelas encuentran el bien supremo en el bien general, como el utilitarismo de Bentham que establece unos planteamientos éticos de la democracia parlamentaria (el mayor bien para el mayor número).

En cambio para Stuart Mill, el bien es algo personal, no cuantitativo ni distribuable, tendencia que es continuada por el pragmatismo norteamericano (James, Dewey). El marxismo hace pasar la ética de ser un problema individual a un problema social mediante la constitución de una ética social.

En el *Leviatán* (1651), el filósofo inglés Thomas Hobbes atribuye la mayor importancia a la sociedad organizada y al poder político. Afirmaba que la vida humana en el “estado de naturaleza” (independiente de o anterior a, la institución del estado civil) es “solitaria, pobre, sucia, violenta y corta” y que es “una guerra de todos contra todos”.

En consecuencia, la gente busca seguridad participando en un contrato social en el que el poder original de cada persona se cede a un soberano que, a su vez, regula la conducta.

Esta postura conservadora en política asume que los seres humanos son malos y precisan un Estado fuerte para reprimirlos. No obstante, Hobbes afirmaba que si un soberano no da seguridad y orden y es derrocado por sus súbditos, la sociedad vuelve al estado de naturaleza y puede comprometerse en un nuevo contrato.

La razón humana es el criterio para una conducta recta en el modelo elaborado por el filósofo holandés Baruch Spinoza. En su obra más importante, *Ética* (1677), Spinoza afirmaba que la ética se deduce de la psicología y la psicología de la metafísica. Sostenía que todas las cosas son neutras en el orden moral desde el punto de vista de la eternidad; sólo las necesidades e intereses humanos determinan lo que se considera bueno o malo, el bien y el mal. Todo lo que contribuye al conocimiento de la naturaleza del ser humano o se halla en consonancia con la razón humana está prefigurado como bueno.

Por ello, cabe suponer que todo lo que la gente tiene en común es lo mejor para cada uno, lo bueno que la gente busca para los demás es lo bueno que desea para sí misma. Además, la razón es necesaria para refrenar las pasiones y alcanzar el placer y la felicidad evitando el sufrimiento.

El estado humano más elevado, según Spinoza, es el “amor intelectual de Dios” que viene dado por el conocimiento intuitivo, una facultad mayor que la razón ordinaria. Con el uso adecuado de esta propiedad, una persona puede contemplar

la totalidad del universo mental y físico y considerar que éste engloba una sustancia infinita que Spinoza denomina Dios sin disociarlo del mundo.

Durante el siglo XVIII, los filósofos británicos David Hume, en *Ensayos morales y políticos* (1741-1742), y Adam Smith, autor de la teoría económica del *laissez-faire*, en su *Teoría de los sentimientos morales* (1759), formularon modelos éticos del mismo modo subjetivos.

Identificaron lo bueno con aquello que produce sentimientos de satisfacción y lo malo con lo que provoca dolor. Según Hume y Smith, las ideas de moral e interés provocan sentimientos de simpatía entre personas que tienden las unas hacia las otras incluso cuando no están unidas por lazos de parentesco u otros lazos directos.

El filósofo y novelista francés Jean-Jacques Rousseau, en su *Contrato social* (1762), aceptó la teoría de Hobbes de una sociedad regida por las cláusulas de un contrato social.

En su novela *Emilio o la educación* (1762) y en otras obras, sin embargo, atribuía el mal ético a las inadaptaciones sociales y mantuvo que los humanos eran buenos por naturaleza.

En *La filosofía del Derecho* (1821), el filósofo alemán George Wilhelm Friedrich Hegel, aceptó el imperativo categórico de Kant, pero lo enmarcó en una teoría universal evolutiva donde toda la historia está contemplada como una serie de etapas encaminadas a la manifestación de una realidad fundamental que es tanto espiritual como racional. La moral, según Hegel, no es el resultado de un contrato social, sino un crecimiento natural que surge en la familia y culmina, en un plano histórico y político, en el Estado prusiano de su tiempo. “La historia del mundo, escribió, es disciplinar la voluntad natural incontrolada, llevarla a la obediencia de un principio universal y facilitar una libertad subjetiva”.

La ética moderna está muy influida por el psicoanálisis de Sigmund Freud y sus seguidores y las doctrinas conductistas basadas en los descubrimientos sobre estímulo-respuesta del fisiólogo ruso Iván Petróvich Pávlov. Freud atribuyó el problema del bien y del mal en cada individuo a la lucha entre el impulso del yo instintivo para satisfacer todos sus deseos y la necesidad del yo social de controlar o reprimir la mayoría de esos impulsos con el fin de que el individuo actúe dentro de la sociedad. A pesar de que la influencia de Freud no ha sido asimilada por completo en el conjunto del pensamiento ético, la psicología freudiana ha mostrado que la culpa, respondiendo a motivaciones de naturaleza sexual, subyace en el pensamiento clásico que dilucida sobre el bien y el mal.

El conductismo, a través de la observación de los comportamientos animales, formuló una teoría según la cual la naturaleza humana podía ser variada, creando una serie de estímulos que facilitarían circunstancias favorables para respuestas sociales condicionadas.

En la década de 1920 el conductismo fue aceptado en Estados Unidos, en especial en teorías de pediatras, aprendizaje infantil y educación en general. Tuvo su mayor influencia, sin embargo, en el pensamiento de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Allí, el llamado nuevo ciudadano soviético fue instruido de acuerdo con los principios conductistas a través del condicionante poder de la rígida y controlada sociedad soviética. La ética soviética definía lo bueno como todo aquello beneficioso para el Estado y lo malo como aquello que se le oponía o lo cuestionaba.

Hombres y mujeres a través del tiempo han adquirido conciencia sobre la importancia que tiene la ética, los valores y ciertos principios morales en su vida. Estas motivaciones los llevan a profundizar más en el tema a investigar, preguntar, observar, reflexionar y trabajar por adquirir ciertas formas de comportamiento y de conducta que les permita precisamente desarrollarse y crecer más como seres humanos.

6.- PRECISIONES IMPORTANTES

Con el fin de establecer unos lineamientos para la comunicación y comprensión de este tema, me gustaría precisar algunos puntos de gran relevancia.

La relación entre ética, Administración Pública Y Derecho Administrativo nos remite necesariamente a otro tema, el de la relación entre ética y política.

Hablar de administración pública es hablar de la política como praxis, en tanto nos estamos refiriendo a una parte que integra el estado el cual organiza, legitima y viabiliza el poder en la sociedad.

En el lenguaje común y cotidiano, los términos “ética” y “moral” se usan indistintamente para hablar de normas, conductas, comportamientos y valores del ser humano. Sin embargo, en el lenguaje filosófico no es así. La moral es el conjunto de comportamientos y normas que distinguen lo bueno y lo malo. Por su parte, la Ética es la ciencia o reflexión filosófica sobre los comportamientos morales.

No obstante, en este marco, donde analizamos la relación Ética- Administración Pública entre especialistas que no se dedican profesionalmente a la reflexión filosófica, no nos referiremos a la Ética en tal sentido. Usaremos las palabras moral y ética como lo hacen la mayoría de las personas vinculadas en el área de la administración y entenderemos a **la Ética en el proceso de la administración Pública como el sistema de principios, normas, valores y comportamientos que se manifiestan en el diseño de las políticas públicas, en las gestiones que se ejecutan, en los mecanismos, en las relaciones que se establecen en**

dicho proceso y que tienen una implicación favorable o desfavorable para los miembros de la sociedad. Es este último aspecto en el que se expresa el sentido moral de los elementos mencionados.

La Ética generalmente se ha visto desde un plano individual, personal "que cada individuo toma atendiendo a lo que es mejor para su buena vida" (Savater) y la política, como actividad, ha sido reconocida como el espacio en que se busca el acuerdo con los demás en la comunidad. En nuestro caso, defendemos el criterio de que la virtud privada solo puede lograrse en la sociedad, es decir, políticamente y por consiguiente, le otorgamos primacía a la política en el sentido de desarrollar una "ética de lo colectivo"(Gramsci) que integre la virtud privada y pública en función de los intereses sociales.

De hecho, en la práctica social no se roba algo sino a alguien. En la administración Pública no se niega la existencia de bienes y recursos, se niega, en todo caso, el acceso de alguien a dichos bienes de consumo. Es decir, se establece una actitud moral hacia los otros. Y esta reflexión nos conduce a una última precisión.

La moral, como actividad que implica el beneficio o la afectación a otra persona o grupo de personas, si la analizamos en este plano de su acción en la actividad política, exige ver a la ética del proceso de la administración pública como una forma de establecer la relación entre valores morales, políticos, económicos, de la cultura ambiental y hasta estéticos. La actitud responsable de un funcionario en este contexto no solo implica el beneficio o no a otros, debe presuponer una actitud de armonía con la naturaleza para no afectarla con sus decisiones, también implica una garantía de la eficiencia de sus acciones, e incluso, un "arte" particular para conducir un proceso de toma de decisiones.

7.- ÉTICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO?

La acción humana es el conjunto de medios y fines; para que dicha acción sea buena, tiene que serlo el conjunto. No es difícil deducir entonces, que un buen fin nunca justifica ni puede justificar unos medios reprobables.

Las responsabilidades son siempre diversas, porque diversas son las personas con sus historias y con los roles que les toca desempeñar. En términos generales, podemos decir que las responsabilidades son directamente proporcionales al poder que tienen las personas; en este sentido, es sumamente sabia y equitativa la enseñanza que nos deja el Evangelio: A quien mucho se le da, también se le pedirá mucho; a quien mucho se le confía, se le exigirá mucho más. (Lucas 12.48).

Existe una profunda convicción en diversos sectores al afirmar que la ausencia de principios y valores éticos en la administración pública es uno de los males que mayor daño produce a nuestras sociedades, erosionando la confianza de las personas en sus dirigentes, lo cual se traduce en cuestionamientos, apatía y

desgano del ciudadano hacia las instituciones democráticas y los procesos electorales. Resulta paradójico que, al tiempo que la democracia y la libertad se consolidan a escala mundial, el fenómeno de la corrupción se presenta como una de las principales amenazas para las sociedades democráticas y un obstáculo para el desarrollo económico y social. Por tal razón, hoy más que nunca la lucha contra este flagelo se enarbola como uno de los soportes fundamentales de la institucionalidad democrática.

Dichos principios y valores éticos pueden enseñarse y aprenderse, pero no es suficiente, la ética necesita vivirse, no es solamente una cuestión de conocimiento, sino de compromiso vital con los más elevados principios. Tampoco es suficiente darle a la ética un sentido transversal en los programas de estudio, se debería constituir, a fuerza de práctica, en la trama misma sobre la cual se construye, educa, forma e investiga, es decir, debe ser un principio social fundamental tanto en el aula, en las relaciones profesor-estudiante, en las oficinas administrativas, en las relaciones interuniversitarias o extrauniversitarias, es decir, la base misma sobre la cual podemos construir una nueva sociedad.

Y como integrantes de esta nueva sociedad es importante que veamos más allá del simple equilibrio entre mis derechos y los derechos de los demás, como también es igualmente necesario asumir actitudes amplias que nos permitan a todos encontrarnos como parte de una sociedad que nos ha sido dada como espacio para respetarnos y valorarnos mutuamente, una sociedad que nos permite vivir si lo queremos con sentido de solidaridad, justicia y esperanza.

Vale la pena recordar el discurso de Aristóteles en su "Ética a Nicómaco", cuando nos habla de la elección humana entre el bien y el mal: "Tanto la virtud como el vicio están en nuestro poder. En efecto, siempre que está en nuestro poder el hacer, lo está también el no hacer, y siempre que está en nuestro poder el no, lo está el sí, de modo que si está en nuestro poder el obrar cuando es bello, lo estará también cuando es vergonzoso, y si está en nuestro poder el no obrar cuando es bello, lo estará, asimismo, el no obrar cuando es vergonzoso".

8.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La Administración y los poderes son el instrumento de coordinación y control de la actividad social en aras de la obtención de un bien colectivo (Baena, 1988). Para ello, la propia sociedad se dota de un conjunto de instituciones y organizaciones.

Podemos hablar de la existencia de dos esferas en la Administración pública: la esfera o estamento político y el profesional o de la Administración que deben funcionar como dos engranajes perfectamente sincronizados. El correcto funcionamiento y sostenibilidad de una Administración democrática al servicio de los ciudadanos exige la independencia y profesionalización de ésta.

La Administración pública presta servicio a la sociedad y es ésta su verdadera razón de ser, es decir atender los intereses y derechos de los ciudadanos y los diferentes grupos que la componen, buscando asimismo el equilibrio de todos ellos, compatible con los principios de legalidad, eficacia y eficiencia.

Como consecuencia, la organización debe orientar sus procesos a satisfacer las necesidades y expectativas de los ciudadanos (tanto las presentes como las futuras –expectativas latentes-).

Dicho enfoque de Administración con sensibilidad pública y orientada al ciudadano, implica la consideración de éste como razón de ser de aquella, y mucho más que un cliente repleto de derechos y árbitro de la calidad del servicio.

En este orden de ideas la administración pública ejercida con o sin principios éticos puede debilitar o fortalecer en muchos casos la legitimidad de una administración. Si se realiza una “buena administración”, se aumentan los niveles de consenso, de acuerdos, de armonía social y de gobernabilidad. Una “mal administración”, por el contrario, propicia la discordia que impide gobernar o gestionar con mayores márgenes de maniobra para el liderazgo político y social.

Una Administración “ética”, además de referirse al valor de la honestidad en el servicio, se relaciona con la profesionalización de los servidores vinculada a valores sociales y políticos más amplios: el apego a la Ley, al interés general, a la función institucional, a los efectos que puedan tener las decisiones políticas, económicas y sociales tomadas por la autoridad.

Ésta, la autoridad, está sancionada por la soberanía popular, no puede y no debe desviarse en función de intereses particulares o de grupo, pues de otra forma se descompone el tejido social el cual es difícil de restablecer.

9.- POR QUÉ SE PRESENTA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Es importante reflexionar sobre estas dos preguntas ¿por qué existen vicios de corrupción en el contexto de la administración pública en Colombia y en otros países del mundo? Y ¿cómo contener estos rezagos de corrupción en dichos gobiernos y administraciones?.

El principal problema generador de corrupción es la presencia de personas abusivas que sacan provecho del cargo que ocupan. Personas sin escrúpulos que actúan de manera indebida y poco ética. Personas a las cuales no les interesa cambiar sus habituales y poco recomendables comportamientos. Personas que carecen del mínimo remordimiento y que en cualquier lugar donde se encuentren se comportan de la forma menos indicada.

Además de contar con la dañosa costumbre de quererle sacar ventaja a todos y a todo sin importar absolutamente nada, también encontramos otras causas que permiten que este tipo de personas actúen fomentando la corrupción en la administración pública, algunas de ellas son:

- Ausencia de un perfil definido de servidor. En las administraciones públicas o de servicio civil, da lo mismo que sea un ingeniero, un artesano, un licenciado, un médico, un geógrafo, un contador o una persona sin profesión la que ocupe un cargo, lo importante es el nexo de amistad que exista con la persona que tiene la facultad para designar.

- Ausencia de un espíritu de servicio. Algunos servidores s en función carecen de compromiso y espíritu de servicio que verdaderamente les motive actuar como servidores de la sociedad, solo trabajan para satisfacer sus necesidades personales lo demás en realidad poco o nada les interesa.

- Carencia de principios y valores éticos en los servidores s. Principios que verdaderamente lleguen a las raíces del pensamiento de los hombres a fin de generar una conducta integra con honradez y responsabilidad en el cargo.

- Existe un sentido patrimonialista de los recursos s. Los servidores s en su cargo toman todo lo que pueden de aquello que es patrimonio como si fuera suyo. Disfrutan, gozan e incluso derrochan y dilapidan los recursos y bienes que son de dominio para uso y goce de su interés privado.

-La ambición por el dinero. Una de las mayores causas que motiva al ser humano a ser corrupto es la codicia. El ser humano nunca esta satisfecho con lo que posee no importa cuanto tenga, ni la cantidad o calidad de bienes que haya adquirido, siempre ambiciona más. Apenas consigue lo que deseaba y de inmediato ya quiere algo nuevo y mejor, casi de una forma obsesiva. La ambición del hombre y la codicia son motivos que dan lugar a la mayor parte de los actos delictivos voluntarios.

Estas causas por sí mismas o combinadas han permitido que en distintos países existan escándalos por actos improcedentes de algunos funcionarios s, los cuales al ventilarse a través de los principales medios han ocasionado que los ciudadanos pierdan la confianza en sus representantes y que algunos gobiernos comiencen a establecer medidas dentro de sus programas a fin de combatir la corrupción. Además de los gobiernos, también existen asociaciones civiles que se dedican a investigar y medir el nivel de corrupción que se presenta en distintos países del mundo.

10.- UNA VISIÓN GENERAL DE LA COLOMBIA ACTUAL

A riesgo de incurrir en impertinencias o inexactitudes, asumo el reto de referirme dentro de la perspectiva Etica una visisón General de la Colombia actual. Nuestro país es para verse con ojos bien abiertos y también para que se reflexione a profundidad.

Colombia por su ubicación geográfica, su trasegar histórico, el talante de sus gentes, la riqueza natural de sus suelos, su ubicación geoestratégica, la juventud de sus institucionalidad, su riqueza y trayectoria cultural entre muchos otros factores que le son favorables, siempre ha estado llamada a convertirse en un referente importante en el desarrollo de América Latina. Sin embargo asta el momento las cosas no van tan bien como se espera y la sociedad colombiana se

debilita como consecuencia de la poca o nula capacidad de algunos de sus líderes y de un reducido sector de los colombianos quienes no tienen un real sentir de pertenencia por el país, sino que por el contrario lo tienen postrado padeciendo toda clase de injusticias. Por tal motivo en los últimos años se han incrementado las voces de apoyo y de solidaridad como también se ha percibido el decidido interés de distintas latitudes del Continente y el Mundo quienes desean contribuir de diferentes formas en la superación de los conflictos internos que aquejan al país.

Desde el punto de vista de su potencialidad para salir adelante, como pueblo y como sociedad, nuestro país lo tiene todo. Condiciones naturales únicas, territorio diverso y relativamente poblado, talento creativo en una población de diverso origen, dos costas, tres sistemas montañosos y valles interandinos, todos los climas, y rica biodiversidad. Si sumamos estos elementos le dan a nuestro país, por ejemplo, la opción de ser potencia agrícola mundial con todas sus derivaciones e industrias conexas. Claro además de convertirse en una gran potencia cultural y económica. Nuestro país tiene ventajas comparativas enormes. Pero se le debe prestar mucha atención al hecho que tiene que reconstruir a profundidad sus ventajas competitivas, las cuales dependen únicamente del factor humano interno.

Nuestra realidad social y humana cotidiana no es nada fácil, es una realidad que va en contravía de sus reales opciones y posibilidades.

Los permanentes escándalos nacionales internos y externos en los cuales con frecuencia se ven involucrados ciudadanos colombianos del común, empresarios, funcionarios del estado colombiano en sus diferentes instancias, dirigentes políticos y líderes cívicos, sociales y hasta religiosos que aparecen como protagonistas en los medios de comunicación implicados en diferentes formas delictivas y criminales de robo, peculado, asesinatos, masacres, impunidad, prevaricato, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, narcotráfico, encubrimiento, concierto para delinquir, rebelión, soborno, desviación de fondos oficiales, uso de bienes del estado con fines personales etc.. han contribuido a crear la sensación de crisis generalizada de valores, que en realidad no es otra cosa que una forma de decadencia social, económica, política y moral generada de alguna forma por el desdibujamiento de la gobernabilidad y las formas tradicionales de ejercicio del poder, el bajo nivel a la hora de ejercer la política y la feria a granel de las ambiciones en la búsqueda del poder y el dinero fácil recurriendo para ello a la ley del menor esfuerzo aún pisoteando todo tipo de normatividad ética o legal.

Sin embargo existe la convicción de que a pesar de que estamos en una encrucijada muy difícil de la cual no es fácil salir, pero que no es tampoco imposible y para ello se requieren grandes esfuerzos colectivos, especialmente desde las posiciones de quienes ostentan responsabilidades de trascendencia social.

Y si bien no podríamos correr el riesgo ingenuo de pensar que en la Ética contamos con la panacea para todos los males que aquejan a la sociedad

colombiana, no podemos olvidar que su desconocimiento y falta de aplicación en el momento de actuar ha sido en gran medida la causante de una buena parte de ellos. Por eso en la búsqueda de soluciones puntuales día a día surgen nuevos planteamientos provenientes de diferentes sectores de la vida pública y social del país interesados en generar conciencia en la gran mayoría de los ciudadanos para que piensen e incorporen en sus vidas personales y profesionales aspectos como los valores fundamentales y los idearios e imaginarios colectivos de la ética pública. De lo contrario la vida social y política en el país seguirá decayendo.

11. LECTURA DE REFLEXIÓN

UNA PESCA ÉTICA

Alrededor de la temporada de pesca, en esa ciudad se celebraba un festival cada año. Todos los habitantes de la comarca esperaban con ansiedad el inicio de aquella temporada, porque las familias deseaban exhibir sus destrezas en la pesca.

A Daniel le gusta recordar su infancia en esa ciudad, pues su familia era propietaria de una cabaña ubicada en una isla en la mitad de un lago. Cada vez que podía, iba al muelle a pescar.

Un día, antes que cayera la noche y en las vísperas de la temporada de pesca de róbalo (un pez muy apreciado por su tamaño y belleza), Daniel fue con su padre al muelle. Padre e hijo comenzaron atrapando pequeños peces con las típicas lombrices. Pero, en un momento determinado, su padre le cambió la carnada y puso una pequeña mosca plateada antes que Daniel hiciera su lanzamiento.

Ya había anochecido cuando Daniel se dio cuenta de que había algo enorme en el otro extremo. Su caña estaba doblada. El padre observaba con admiración cómo su hijo arrastraba con habilidad su presa, hasta que por fin levantó del agua al agotado pez. Era el róbalo más grande que había visto. El padre encendió un fósforo y miró su reloj. Eran las diez de la noche, precisamente dos horas antes de que se abriera la temporada de pesca en la comarca.

- Tendrás que devolverlo al lago, hijo- le dijo súbitamente el padre.
- ¡Papá!- gritó Daniel.
- Habrá otros peces- dijo su padre.
- ¡No tan grandes como éste, papá!- gritó el chico.

Entonces, Daniel miró alrededor. No se veía ningún pescador testigo, ni botes bajo la luna. El niño volvió a mirar a su padre. Aunque nadie la había visto, ni nadie podía saber a qué hora se había pescado el pez, el chico advirtió por la firmeza de la voz de su padre que esa decisión ética no era negociable.

Lentamente sacó el anzuelo de la boca del enorme róbalo, con sumo cuidado, y lo devolvió a las oscuras aguas. El pez movió su poderoso cuerpo y desapareció. El niño sospechaba que nunca volvería a ver un pez tan grande. Este episodio ocurrió hace treinta y cuatro años.

En la actualidad, Daniel es un exitoso ejecutivo. La cabaña de su padre está siempre en el mismo lugar de la comarca y allí continúa llevando a sus propios hijos a pescar en el mismo muelle donde él lo hacía.

Y tenía razón: Nunca más volvió a pescar un pez tan magnífico como el de aquella noche. Pero cada vez que se enfrenta con el tema de la ética, ese mismo pez la aparece a sus ojos.

Porque como su padre se lo enseñó, la ética es más que un simple asunto entre el bien y el mal”.

Libro, La Culpa es de la Vaca- De Jaime Lopera y Marta Inés Bernal Trujillo- Pagina 101- Editorial Intermedio.

EVALUACIÓN

Con base en los argumentos anteriormente planteados y con el conocimiento que se tenga sobre la ética y su estrecha relación con la Administración Pública respondamos las siguientes preguntas:

ACTIVIDADES EN GRUPO

Lee cada una de estas frases, discútalas en equipos no mayores de tres personas y elabore un ensayo en media página.

1.1 EL ASPECTO MORAL DE LAS PROFESIONES SOCIALES.

“La acción social, con sus dispositivos y providencias, está haciendo sus particulares transiciones: no solo ha de sobrepasar el efecto 2000, sino que le resulta esencial dotarse de nuevos equipajes teóricos y reflexivos; pero, sobre todo, precisa recomponer su espacio moral, ese lugar donde se cultivan las motivaciones y las significaciones.

Por la ética se construyen proyectos vitales que resultan valiosos; se configura la personalidad del profesional, que se despliega en hábitos y disposiciones; se activa la responsabilidad en el interior de un contexto histórico concreto, con sus oportunidades para la justicia e, incluso, se sustancia en códigos éticos y jurídicos.

Por la moral se crean energías y potenciales para construir buenas prácticas; se rehacen disposiciones morales e intelectuales por las que orientan sus vidas. Antes que sustanciarse de códigos éticos, el espacio moral conforma el suelo y la constitución donde sobreviven y florecen.

Solo si el subsuelo moral goza de buena salud pueden desplegarse respuestas éticas concretas y es sabido que algunas morales favorecen o más bien obstaculizan. En palabras de Robert Bellah (1989), se necesitan “hábitos del corazón”, disposiciones morales e intelectuales de hombres y mujeres de una sociedad, incluyendo la conciencia, la cultura y las prácticas diarias.

Para los tránsitos que protagonizan hoy la acción social, se necesita ética y la moral, lo uno y lo otro; y con frecuencia, sustituir unos por otros para configurar una cultura valorativa con sus hábitos y sus creencias; cada nueva revolución del conocimiento ha ido acompañada de una revolución ética y moral”.

**Del Libro. Ética, ¿Un discurso o una práctica social?
Autor Natalio Kisnerman. Pagina 14. Editorial Paidós.**

Que otros aportes le harías al texto anterior

1.2 EL MODO DE VIVIR.

“Existen cuatro modos de vivir, oh monjes: El modo de vivir, que conlleva bien presente y mal futuro; el modo de vivir, que conlleva mal presente lo mismo que mal futuro; en modo de vivir, que conlleva mal presente y bien futuro; y el modo de vivir, que conlleva bien presente lo mismo que bien futuro.

Buda

Libro los cuatro pilares de la sabiduría, Pagina 49, Editorial Milenio.

De acuerdo a tu experiencia arriésgate a definir cuales pueden ser esos cuatro modos de vivir, posteriormente realizar la exposición a todo el curso y luego se entra a debatir sobre el tema.

1.3 LAS PERSONAS

“Dos tramas fundamentalmente diferentes se han desarrollado durante la vida de la humanidad. La primera la empezaron a desarrollar personas que acordamos llamar “**dejadoras**” hace cerca de dos o tres millones de años y todavía la protagonizan ellas, con el mismo éxito de siempre. La otra empezó a ser representada hace unos diez mil o doce mil años por personas que acordamos llamar “**tomadoras**”, y que al parecer va a terminar en una catástrofe” - Daniel Quinn, Ishmael-

Libro La Década Decisiva de Eamonn Kelly- Pag 250, Editorial Norma.

¿Y tu con cual de los dos grupos te identificas y por que?

1.4 Gobernabilidad

“En los últimos años, en nuestro país se ha presentado una crisis de gobernabilidad y legitimidad debido a la incapacidad de los legisladores para tomar decisiones que en

ocasiones son urgentes y de gran relevancia nacional; la crisis se debe a la improductividad legislativa, en el sentido de que se necesitan producir leyes efectivas, no muchas leyes y no abona positivamente; la desafortunada existencia de una clase parlamentaria ociosa; y los altos costos de las instituciones parlamentarias”.

**Libro Hacia una ética parlamentaria, Pagina 4
Dr. Carlos Gómez Díaz, profesor Universitario**

El Doctor Carlos Gómez afirma que existe incapacidad en nuestros legisladores a la ora de tomar decisiones que en la mayoría de los casos son prioritarias y de beneficio general. ¿Sera a caso esta actitud consecuencia del poco interés que ellos tienen en trabajar y servir a la comunidad a la que se deben?. ¿ Podemos decir que actúan con un nivel de ética personal y profesional no muy recomendable?.

¿Si usted fuera legislador que haría?

1.5 Medios dignos e indignos de ganancias

“¿En determinadas ocasiones el transgredir la lealtad y la sinceridad puede ser justo?”.

Marco Tulio Cicerón

Libro sobre los deberes, libro 1- Pagina 18, Editorial Altaya

El ser humano dependiendo de las circunstancias o de la conveniencia cambia rápidamente su pensamiento y es común que pase por encima de los demás sin importarle nada. Plantea ejemplos en los cuales tu criterio se pueda ver comprometido y compártelo con tus compañeros explicando el porque de tus decisiones.

Dignidad es= Cualidad de Digno

Y Digno es= Persona que se comporta con responsabilidad, seriedad y respeto que es decente, no humillante.

Si en nuestra constitución se reconoce lo DIGNOS que somos todos y cada uno de los colombianos. Surge la siguiente pregunta.

¿Si estamos cumpliendo en nuestra vida personal y profesional estos postulados éticos expresados en la Constitución de Colombia?.

1.6 Código Contencioso Administrativo – Pagina 15- Editorial Leyer

¿Si existe dignidad y un alto sentido de la Ética en el desempeño de la Administración Pública en Colombia?.

Realiza un escrito mínimo de una hoja.

1.7 El compromiso

“La comprensión es la clave de los principios y las actitudes correctas, y la acción correcta es la clave del buen vivir”.

Libro Reflexiones Diarias- AA- Pagina 55

¿estas de acuerdo con este postulado?

Explica tu respuesta:-----

Qué opinión le merece la expresión

1.8. RESPONSABILIDAD UNIVERSAL

“Creo sinceramente que todos y cada uno de nuestros actos tienen una dimensión universal. Por ello, la disciplina ética, la conducta íntegra y el discernimiento basado en la atención y el esmero son ingredientes cruciales para llevar una vida feliz y cargada de sentido. También creo que hay que asumir altos niveles de compromiso mediante el desarrollo de una actitud de responsabilidad hacia los demás podemos comenzar a crear ese mundo más amable y más compasivo con el que todos soñamos. Llevemos una vida verdaderamente ética, antepongamos las necesidades de los demás a las nuestras y tratemos de hacer posible su felicidad, es algo que tiene tremendas implicaciones en nuestra sociedad”

1.9 Libro El Arte de Vivir en el Nuevo Milenio

Autor. Dalai Lama, Paginas 169-201. Editorial Debolsillo

Que valores considera usted que son útiles para el buen desempeño en la Administración Pública.

Le sugiero algunos, aporte usted otros y escriba la respectiva definición o el porque considera que se los debe tener en cuenta.

1-La honestidad

2-La justicia

3- La solidaridad

4- La defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

5-La responsabilidad

EVALUACIÓN INDIVIDUAL

1.- ¿Que es la Ética?

2.- ¿Los conceptos Moral y Ética en el contexto social tienen el mismo significado?

3¿Los valores y la Ética siguen vigentes en la actualidad?

4¿Vale la pena ser Ético?

5¿Por que los Administradores s y Abogados deben ser éticos en el desempeño de sus funciones?

6¿Cómo inculcar principios éticos en dichos profesionales?

7¿Cómo identificamos cuando algo es correcto o incorrecto?

8¿Por qué a veces nuestro proceder juega un papel fundamental en los ámbitos en el que nos desenvolvemos?

9¿Somos congruentes e íntegros?

10¿Qué hábitos debemos modificar y cuáles rescatar?

11¿Por qué es importante contar con un código ético?

12¿Cuáles son los valores y principios que todo servidor debe practicar?

13¿En qué consiste el reconocimiento a la integridad?

12.- BIBLIOGRAFÍA.

Alberto Mendoza. La Colombia Posible 9ª Edición. Tercer Mundo.1989

Aristóteles. Ética a Nicómaco, Gran Ética. Aguilar, Madrid, 2ª ed., 1976.

Aranguren, J. L. Ética. Rev. Altaya 1958

Aubert, J. M. Moral social para nuestro tiempo. Herder, Barcelona, 1973
AA. Reflexiones Diarias. AA 1996

Begoña Salas García. Desarrollo de Capacidades y Valores de la Persona – Orientaciones Para la Elaboración de un Proyecto Educativo. Cooperativa Editorial Magisterio 1996

Buda. Los Cuatro Pilares de la Sabiduría. Colección Milenio Norma1996

Dalai Lama. El Arte de Vivir en el Nuevo Milenio, una guía Ética para el futuro. Debolsillo 2003

Dante Cracogna. Cossio y la Teoría Ecológica del Derecho. Universidad Externado de Colombia, serie Jurídica y Filosofía del Derecho N 44. Universidad Externado 2006

Dave Rovinson, Chris Garratt. Ética Para Todos. Paidós1999

Diego Younes Moreno. Curso de Derecho Administrativo Sexta Edición. Temis1997

Eamonn Kelly. La Década Decisiva (Powerful Times) Tres Escenarios Para el Futuro del Mundo. Grupo Norma- Wharton School Publishing2006

Escuela Superior De Administración Pública ESAP. Constitución Política de Colombia de 1991. ESAP Publicaciones 1991

Estanislao Zuleta. Educación y Democracia un Campo de Combate. FEZ-Corporación Tercer Milenio1995

Esteban Mora Caicedo. Código Contencioso Administrativo. Grupo Editorial Leyer 1998

Fernando Savater. El Valor de Educar. Ariel1997

Herbert Harris. Las Doce Leyes Universales del Éxito, Grupo Editorial Tomo 1997

Jaime Lopera Gutiérrez y Marta Inés Trujillo. La Culpa es de la Vaca 2ª Parte. Intermedio 2007

Ken Blanchard, Michael O'Connor. Administración por Valores. Norma.1997

Leonor Martínez Echeverri, Hugo Martínez Echeverri. Diccionario de Filosofía Ilustrado. Panamericana 1997

Libardo Rodríguez R. Derecho Administrativo General y Colombiano. Temis 2001

Luis José González Álvarez, Ética .El Buho, 1998

Marianne M. Jennings. Un relato Sobre Ética, Opciones, Éxito (Y un Conejo muy Grande). Grupo Norma 2003

Marco Tulio Cicerón, Sobre los deberes. Altaya, 1994.

Natalio Kisnerman (compilador), Ética ¿Un discurso o una práctica social?. Paidós. 2001

Risieri Frondizi. ¿Qué son los valores? Breviarios Fondo de Cultura Económica 1995

Sigmund Freud. El Porvenir de una ilusión. Editorial Skla 2005

Universidad Nacional de Colombia. Ideas y Valores, Numero especial 116 de Filosofía Alemana. Uninacional 2001

FRANCISCO JAVIER BERNAL

Profesor ESAP
Administrador Público
Abogado
Especializado en Gestión Pública
Especializado en Derecho Público
francisco.bernal@terminaldetransporte.gov