

**LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD EN EL EJERCICIO DE
LA FUNCION ADMINISTRATIVA**

ANYI CATALINA CARRERA JURADO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2010**

**LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCION DE ILEGALIDAD EN EL EJERCICIO DE
LA FUNCION ADMINISTRATIVA**

ANYI CATALINA CARRERA JURADO

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al titulo de
Especialista en Derecho Administrativo**

**Asesor:
Dr. JHON ERIK CHAVEZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2010**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en el trabajo de grado, son responsabilidad del autor”

Artículo 1 del acuerdo N° 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación:

Presidente de tesis

Jurado

Jurado

San Juan de Pasto, Marzo de 2010

DEDICATORIA

A Dios por llenar con su presencia mi vida

A mis padres por su ejemplo y motivación, por anunciarme el éxito añorado con su mirada.

A mis hermanos, por su inocencia, por irrumpir el silencio y transformar el aburrimiento.

Gracias.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer especialmente al Doctor Hector Rodriguez Guerrón, Asesor Jurídico de la Universidad de Nariño, por su apoyo incondicional, por su disposición para tener acceso a los procesos judiciales que se encuentran en trámite y los que ahora inicia la Universidad de Nariño, porque siempre ha sido muy hábil y generoso al compartirme su conocimiento.

Al Doctor Jhon Erik Chavez, Docente hora cátedra de la Universidad de Nariño y Decano de la Facultad de Derecho del Cesmag, por darme el honor de poner su firma como asesor del presente trabajo, por sus acertadas recomendaciones y sus sabios consejos para la vida.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN.....	11
1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	12
1.1 CONTROL JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO DEL ACTO EXPEDIDO EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	12
1.2 CONTROL DE LEGALIDAD A TRAVES DE LA VIA GUBERNATIVA	21
1.3 CONTROL DE LEGALIDAD POR REVOCATORIA DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS	22
1.4 CONTROL AUTOMATICO DE LEGALIDAD A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	24
1.5 CONTROL DE LEGALIDAD POR VIA DE ACCIÓN O VIA JURISDICCIONAL A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	24
1.5.1 Acción de nulidad.....	25
1.5.2 Acción de nulidad y restablecimiento del derecho	25
1.6 CONTROL DE LEGALIDAD POR VIA DE EXCEPCION A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	28
1.6.1 Características:	28
1.7 DIFERENCIAS ENTRE EL CONTROL POR VIA DE ACCIÓN Y EL CONTROL POR VIA DE EXCEPCIÓN	29
2. LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCION DE ILEGALIDAD DESDE DIVERSAS PERSPECTIVAS	32
2.1 LA DOCTRINA FRENTE A LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD.....	35
2.2 LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD.....	39
2.2.1 Año de 1960.....	40
2.2.2 Año de 1977.....	40

2.2.3 Año de 1979.....	41
2.2.4 Año de 1990.....	42
2.2.5 Año de 1991.....	42
2.2.6 Año de 1994.....	42
2.2.7 Año dE 1996.....	43
2.2.8 Año de 1997.....	44
2.2.9 Año de 1999.....	47
2.2.10 Año de 2000.....	48
2.2.11 Año de 2001.....	49
2.2.12 Año de 2002.....	49
2.2.13 Año de 2003.....	50
2.2.14 Año de 2004.....	50
2.2.15 Año de 2008.....	53
2.2.16 Año 2009.....	54
2.3 APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD EN OTROS CONTEXTOS.....	56
2.3.1 Venezuela.....	56
2.3.2 Chile.....	58
2.3.3 Costa rica.....	58
2.3.4 Comunidad andina.....	58
2.3.5 Comunidad europea.....	61
3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-037 DE 2000.....	64
3.1 PRIMER ARGUMENTO.....	68
3.2 PERSPECTIVA PERSONAL.....	68
3.3 SEGUNDO ARGUMENTO.....	70
3.4 PERSPECTIVA PERSONAL.....	70
3.5 TERCER ARGUMENTO.....	71
3.6 PERSPECTIVA PERSONAL.....	72
3.7 APLICACIÓN DE LO EXPUESTO EN CAPITULOS ANTERIORES A UN CASO CONCRETO.....	76
4. CONCLUSIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	90

RESUMEN

La figura de la excepción de ilegalidad está contenida expresamente en el artículo 12 de la ley 153 de 1887, su aplicación ha tenido gran discusión entre eruditos del derecho, vale decir, a nivel de jurisprudencia y doctrina, algunos autores afirman que ésta no tiene aplicación al haber sido derogada tácitamente por el Código Contencioso Administrativo, en el que se confió exclusivamente a la jurisdicción de los Contencioso Administrativo el estudio de legalidad de los actos administrativos, según este sector de la doctrina, no es procedente este control de legalidad en Colombia. Esta posición también la comparten algunas salas del Consejo de Estado, pues en varios pronunciamientos se manifestó la imposibilidad de aplicarla en juicio al encontrarse derogada.

Otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, consideran que ésta no es incompatible con la competencia que los jueces administrativos tienen respecto del estudio de legalidad de los actos administrativos, pues su finalidad es muy diferente a las consagradas por el Código Contencioso Administrativo, y por lo tanto resulta aplicable.

La mencionada discusión tuvo fin con el fallo de la Corte Constitucional, al estudiar la Constitucionalidad de éste artículo en la sentencia C 037 de 2000, en dicho fallo exalto las características del Estado de Derecho y del principio de legalidad como columna vertebral del mismo, declarando parcialmente exequible la disposición pero condicionando su aplicación a la actividad judicial y reservándose la posibilidad de que la administración también pudiera hacer uso de la misma. De esta forma sólo el juez administrativo en el marco de un proceso judicial podría referirse a la excepción de ilegalidad para inaplicar un acto administrativo, en ésta oportunidad la Corte consideró que dar esta facultad a la administración podría anarquizar el ordenamiento jurídico.

No obstante el anterior panorama, considero que varias son la razones por las cuales la excepción de ilegalidad puede aplicarse también en el ejercicio de la función administrativa, principalmente: la naturaleza del control de legalidad por vía de excepción, la consagración expresa de la figura en Colombia, la utilidad que ella tiene para la administración y su identidad con la excepción de inconstitucionalidad, razones que sirven de fundamento para cuestionar el fallo de la Corte Constitucional y proponer otra interpretación de este importante control de legalidad por vía de excepción.

ABSTRACT

The figure on the plea of illegality is expressly contained in Article 12 of Act 153 of 1887, implementation has been much discussion among scholars of law, ie at the level of jurisprudence and doctrine, some authors claim that it has no application having been impliedly repealed by the Administrative Code, which was entrusted to the exclusive jurisdiction of the administrative law study legality of administrative acts, as this sector of the doctrine, not of legality from Colombia. This position is also shared some wards of the State Council, as expressed in various statements of the impossibility of applying it in trial to be repealed.

Another area of doctrine and jurisprudence of the State Council, consider that it is not incompatible with the competition that administrative judges have with respect to consideration of the legality of administrative acts, since its purpose is very different from those set forth by the Code Administrative, and therefore applicable

The above discussion took aim with the ruling of the Constitutional Court, in considering the constitutionality of this article with the sentence C 037, 2000, ruling that exalt the characteristics of the rule of law and the principle of legality as the backbone of it, declaring but partially enforceable provision conditioning its application to the judicial activity and subject to the possibility that the administration could also make use of it. In this way only the administrative judge within the judicial process could refer to the plea of illegality to disapply an administrative act, this time the Court considered that giving this power to the administration may anarchy law.

Notwithstanding the above scenario, consider that many are the reasons why the plea of illegality can be applied in the exercise of administrative functions, namely: the nature of the review of legality by way of exception, the consecration of the figure expresses Colombia, the utility that she has for the administration and its identity with the exception of unconstitutionality, which underlie reasons for questioning the ruling of the Constitutional Court and propose another interpretation of this important review of legality by way of exception.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es producto de un análisis exhaustivo de la Constitución, la ley, la Jurisprudencia, el Derecho Comparado y la Doctrina respecto de una figura que en Colombia tiene consagración expresa, la excepción de ilegalidad, contenida en el artículo 12 de la ley 153 de 1887. El estudio no sólo es meramente descriptivo pues además de plasmar el contexto en el que se presenta este control de legalidad se llega a un examen sobre el alcance que por parte de los operadores jurídicos se le ha dado a la misma.

En este sentido, también comprende una crítica al examen de Constitucionalidad que la Corte Constitucional realizó de la disposición en la sentencia C 037 de 2000, misma que puso punto final a la discusión respecto de la procedencia de la aplicación de la excepción de ilegalidad pese a que le condicionó su aplicación a los jueces administrativos.

El objetivo general de la investigación es entonces hacer un recorrido en el tiempo desde los diferentes contextos del Derecho para entender la naturaleza, el contenido, la interpretación y el alcance de la excepción de ilegalidad, a partir de lo cual se desprenden los objetivos específicos entre los que se propone una alternativa respecto de la aplicación de ésta figura, propuesta que es de avanzada porque tiene en cuenta los intereses del Estado en el momento actual respecto del ejercicio de la función administrativa.

La metodología empleada en la investigación es una de tipo cualitativa con un enfoque documental- analítico que permita reconocer las diferentes posturas teóricas frente al tema de estudio, no sólo en la doctrina Colombiana sino además en la Extranjera pero principalmente en la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1.1 CONTROL JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO DEL ACTO EXPEDIDO EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Asumir el análisis del principio de legalidad, en el marco del ejercicio de la función Administrativa, implica indefectiblemente trasladarse a los fundamentos del Estado Social de Derecho en Colombia, pero específicamente, al Estado de Derecho, pues el principio en estudio, es su manifestación tradicional, primaria y esencial.

En reiterados pronunciamientos jurisprudenciales se ha establecido que predicar que Colombia es un Estado de Derecho incluye reconocer que todas sus competencias son regladas, de conformidad a lo establecido en los artículos 3,6 y 123 de la Constitución Política, es decir, que es un sistema de principios y reglas según las cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder Estatal y se protege y realizan los derechos del individuo.

En el Estado de Derecho, la Administración solo puede actuar de acuerdo a la ley, se sustenta en ella y debe tener como propósito el fiel cumplimiento de lo señalado por la ordenación normativa.

Expresamente así lo ha considerado la Corte Constitucional en la sentencia c-710 de 2001:

En este sentido, la consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley¹

El principio de legalidad, se erige entonces como un principio rector del ejercicio del poder y del uso de facultades para expedir una norma jurídica, como una institución de relevancia superior en el ordenamiento jurídico colombiano, que exalta la vieja premisa “gobierno del derecho no de los hombres”.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c 710 de 2001.

Para el tratadista Libardo Rodríguez² en sentido práctico, la legalidad es una limitación a la actividad de la administración, en cuanto esta no puede hacer todo lo que quiera sino aquello expresamente permitido por la ley. Esta idea según el autor es el presupuesto del Estado social de derecho, de origen fundamentalmente Liberal.

La génesis del principio de legalidad se reconoce con la institucionalización del Estado, pues no siempre en la historia de la humanidad se ha considerado la necesidad de que el poder público esté sometido al derecho, aunque antes de que ello ocurriera ya se percibía la necesidad de un control por parte de los administrados.

No obstante la anterior afirmación, Alejandro Nieto³ en su texto Estudios Históricos sobre administración y derecho Administrativo, expone con claridad que por lo menos del análisis de la monarquía absoluta Española se puede sostener que, con anterioridad a los fenómenos revolucionarios que conmovieron a Europa a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, ya se observaba no solamente un principio de sometimiento al derecho, sino también de control al ejercicio del poder de los soberanos, aunado a la existencia del reconocimiento de derechos a los súbditos.

Previa a la existencia del principio de legalidad en estricto rigor, la función administrativa se ejercía de conformidad a la voluntad del rey, depositario de todos los poderes absolutos, lo que implicaba que los administrados estuvieran en una continua situación de incertidumbre respecto de las decisiones adoptadas por la administración, y peor aún, sin herramienta de control al poder ejercido por la misma.

La sujeción del poder al derecho es una conquista frente al poder absoluto y discrecional, por considerar que la única fuente de poder debía ser la voluntad general materializada en un poder constituido que refleje los intereses generales de quienes gobierna.

Respecto de la evolución del principio de legalidad en países latinoamericanos , el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa ha manifestado que:

su fuente primaria más importante se ubica en el principio de supremacía Constitucional , heredado de las experiencias revolucionarias y del proceso

² RODRIGUEZ R Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. decimosexta edición. Bogotá: Temis, 2009. p. 291.

³ NIETO, Alejandro. Estudios Históricos sobre la administración y derecho Administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública , 1986. Citado por Jaime Orlando Santofimio Gamboa p. 39.

Constitucional Norteamericano. En este sentido, tratándose de cualquier aproximación al análisis de la legalidad en nuestros ordenamientos, se debe entender, siempre y en todo lugar, que estamos no sólo ante el respeto y acatamiento de la ley en sentido estricto, sino de la totalidad del sistema normativo a cuya cabeza, según nuestra costumbre institucional, se encuentra la Constitución Política⁴

En el mismo sentido, afirma el autor ⁵ que en un Estado sometido a la supremacía de la ley es común hablar del Bloque de Legalidad, es decir, a la cobertura de la ley, y en consecuencia, a la sujeción de todas las manifestaciones de los órganos del poder público a ella, razón esencial para afirmar con vehemencia que cualquier actuación inconsulta de su norma superior resulta ilegal y por tanto carece de validez.

Lo anterior, implica que cualquier manifestación de voluntad proveniente de la Administración deba estar ajustada a la ley por constituirse en una normatividad superior, este debe ser el fundamento de validez de cualquier decisión en el ejercicio de la función administrativa, y de la función pública in genere.

El acto administrativo en relación con su legalidad debe obedecer disposiciones superiores que incluye preceptos normativos y la interpretación jurisprudencial que le dé alcance a los mismos.

Para el tratadista Jaime Orlando Santofimio existen dos elementos importantes del fenómeno de la legalidad, se trata de la legalidad formal o simple legalidad, que se caracteriza por su mera confrontación normativa, y la legalidad teleológica, que se edifica sobre la base de la permanente búsqueda y cumplimiento de los fines Estatales.

De acuerdo al primer elemento, todo acto administrativo debe ubicarse en una escala inferior de la jerarquía normativa, no pudiendo ser expedido sin expresa autorización normativa, ni mucho menos contrariando los mandamientos superiores del ordenamiento jurídico (Constitución y Ley). El segundo elemento, implica para la administración que toda decisión contenida en un acto administrativo se adentre en la finalidad de la institucionalización Estatal, de este modo, se debe tener en cuenta que la actuación, cualquiera que sea, debe reflejar el mejoramiento común de los intereses de los asociados, pues los principios y los valores siempre buscan los intereses generales.

Para el autor :

⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo- Acto Administrativo- . Universidad Externado de Colombia. Bogotá: s.n, 2009.p. 40.

⁵ *Ibíd.*, p 40

el elemento teleológico es, en todo caso, un presupuesto importante de cualquier interpretación de los actos estatales. Porque no es suficiente para la plenitud del derecho una simple y formal comparación entre las decisiones del Estado y del ordenamiento jurídico, en especial las del poder administrativo, para concluir que se ha realizado todo un proceso interpretativo de legalidad. Se hace necesario ir mucho mas allá, identificando la plenitud de las finalidades para las cuales ha sido instituido el estado, que viene a constituir el gran acervo de aspiraciones del interés general”⁶

En nuestra Constitución Política hay disposiciones que nos permiten ratificar que las decisiones administrativas no sólo deben estar sometidas a las normas superiores (legalidad formal) sino a los intereses generales (legalidad teleológica), así por ejemplo, para el primer caso los artículos 4, 6, 121 y 122 que respectivamente prescriben: *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”⁷; “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”⁸; “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”⁹; “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)”¹⁰.*

En lo relacionado con la legalidad teleológica, nos enseña el Tratadista Santofimio Gamboa, que pueden tenerse como referentes las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos: 123 inc. 2 y 209, que establecen respectivamente: *“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”¹¹; “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*

⁶ *Ibíd*, p 43

⁷ Constitución Política de Colombia. 1991. Artículo 4.

⁸ *Ibíd*, Artículo 6.

⁹ *Ibíd*, Artículo 121.

¹⁰ *Ibíd.*, 1991. Artículo 122.

¹¹ *Ibíd*, Artículo 123 inciso 2.

*Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley*¹²

La tesis sostenida por el tratadista en comento ha sido ratificada por la Corte Constitucional en sentencias como la C-479 de 1992¹³ en la que expresó que el principio de legalidad en nuestro régimen también está formado por los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico, los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado, la motivación política de toda normatividad, los valores que esa Constitución aspira a realizar y trascienden la pura literalidad de los artículos.

Así las cosas, es válido afirmar que las decisiones adoptadas en ejercicio de la función administrativa en ningún momento pueden sobrepasar la ley, ni mucho menos contradecirla, pues su fundamento de validez está precisamente en preservar sus mandamientos y órdenes, no obstante, también deben acatar los valores y principios constitucionales consagrados, pues le sirven de columna vertebral para su expedición.

En virtud del principio de legalidad se reconoce la jerarquía normativa como un principio que debe acatarse por parte de todas las autoridades administrativas al expedir actos administrativos, por lo que una decisión siempre deberá estar amparada en el régimen Constitucional y Legal de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Abordar el principio de legalidad desde la teoría del ordenamiento jurídico implica asumir que una disposición jurídica jamás está aislada de su contexto normativo, y su nacimiento está supeditado a la existencia de normas previas que le otorguen validez, en este sentido, para que un ordenamiento jurídico sea coherente con los fines Estatales deberá constituir un todo ordenado jerárquicamente que corresponda con la unidad buscada por cualquier sistema de normas.

Norberto Bobbio en su texto Teoría General del derecho precisa el concepto de ordenamiento jurídico y profundiza sobre los principales problemas conexos a la existencia de esta clase de ordenamientos, problemas que invaden el sistema normativo cuando las disposiciones que se expiden no consultan la legalidad formal y teleológica referida en párrafos anteriores. Tratándose de un ordenamiento jurídico complejo, porque las prescripciones jurídicas provienen de diferentes fuentes, es necesario reconocer un poder originario, esto es *“el poder más allá del cual no existe otro poder sobre el cual se pueda justificar el ordenamiento jurídico”*¹⁴, una norma suprema que en la mayoría de los casos es la

¹² *Ibíd*, Artículo 209.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 1992, M.P Jose Gregorio Hernández.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá: Temis, 1994. p. 156.

Constitución Política, misma que se constituye la norma fundamental y que da unidad al ordenamiento jurídico.

No podría hablarse de ordenamiento jurídico si no lo consideramos como algo unitario a pesar de que éste sea complejo, pues independientemente de que sus normas provengan de diferentes fuentes debe existir jerarquía entre las mismas, es decir, un comportamiento gradual que evidencie la unidad del mismo.

Según Bobbio, por la presencia de normas superiores e inferiores en un ordenamiento jurídico, puede hablarse de estructura jerárquica, pero además, es necesario que como estructura jerárquica tenga una coherencia interna, es decir, no presente contradicciones o antinomias, es decir, se constituya en un verdadero sistema o unidad sistemática.

Al tratar el tema de la coherencia del ordenamiento jurídico Bobbio reflexiona acerca de lo que significa sistema precisando el concepto así:

“entendemos por sistema una totalidad ordenada, o sea, un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden. Para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos no estén tan solo en relación con el todo sino que estén también en relación con la coherencia entre sí. (...) se puede decir, en otras palabras, que un sistema de este género las normas están relacionadas entre sí por razón de su contenido”¹⁵

DEL VECCHIO en el ensayo Sulla statualita del diritto afirma:

las proposiciones jurídicas particulares, aunque pueden por sí mismas considerarse en su abstracción, tienden naturalmente a constituirse en sistema. La necesidad de coherencia lógica lleva a que se acerquen aquellas que son compatibles o respectivamente complementarias, y a que se rechacen las contrarias e incompatibles, la voluntad, que es una lógica viviente, no puede manifestarse, aún en el campo del derecho, sino vinculando sus afirmaciones, de modo que puedan ser reducidas a un todo armónico¹⁶

Considerar el ordenamiento jurídico como un sistema normativo en el que las disposiciones que lo componen guarden coherencia entre sí no es sólo un criterio de la doctrina, en la práctica, muchos de los jueces apelan al método de interpretación sistemático para resolver asuntos puestos a su conocimiento.

¹⁵ *Ibíd*, p 177

¹⁶ DEL VECCHIO. Studi sul diritto. vol, 1958 citado por Norberto Bobbio. Teoría General del Derecho. Bogotá: Temis, 1994. p. 180.

El concepto de sistema normativo en un ordenamiento jurídico, tal como nos enseña Bobbio, consiste precisamente en que no pueden coexistir normas incompatibles. Sistema equivale a validez, principio que excluye la incompatibilidad normativa, así, si en un ordenamiento jurídico existiesen dos normas incompatibles una de ellas debería ser eliminada por carecer de relación en el contenido con las demás. En este sentido, para demostrar la pertenencia de una disposición normativa al ordenamiento jurídico como tal, es necesario no sólo que ésta se derive de una fuente autorizada sino adicionalmente que no sea incompatible con otras normas. Según el autor *“no todas las normas producidas por fuentes autorizadas serían normas válidas, sino sólo aquellas que fuesen compatibles con las demás”*¹⁷.

Para entender entonces, el principio de legalidad, es necesario partir de la base de la teoría de formación del Derecho por grados sistematizada por Kelsen, según el cual el ordenamiento jurídico no es desordenado sino que, por el contrario, es un sistema jerárquico en el cual unas normas dependen de otras según su importancia¹⁸.

En este sentido, La función pública, específicamente, la función administrativa, es reglada, es decir, que se encuentra regulada por normas específicas que comportan límites materiales y formales para la actuación de los servidores públicos en ejercicio de la misma, ninguna autoridad administrativa puede desplegar conductas que se aparten de lo expresamente consignado en disposiciones normativas, mucho menos, adoptar decisiones mediante actos administrativos que resulten groseramente contrarios a lo dispuesto por normas jerárquicamente superiores que componen el sistema normativo

Esta jerarquía ha sido reconocida ampliamente por la jurisprudencia Colombiana, como en el caso de la sentencia C-037 de 2000 que a tenor literal reza:

La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las

¹⁷ BOBBIO. Op cit., p 184.

¹⁸ HANS, Kelsen. Teoría Pura del Derecho, 16 ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria Buenos Aires, 1979, p. 135.

*distintas situaciones de hecho llamadas a ser nombradas por el ordenamiento jurídico.*¹⁹

En este sentido, las normas de inferior jerárquica en Colombia revisten validez siempre que tengan como fundamento y límite las normas jerárquicamente superiores porque ello garantiza la coherencia del ordenamiento jurídico y exalta el presupuesto del Estado de Derecho como modelo para la organización pública.

La legalidad administrativa asegura a los administrados la fiscalización y control del ejercicio de la función administrativa a través de los diferentes mecanismos que se han creado para el efecto, del mismo modo, les permite verificar que el actuar de la administración se desarrolle con criterios de probidad, rectitud y moralidad que deben ser afianzados a través los mencionados mecanismos de control.

El poder jurídico de control para el tratadista Jose Roberto Dromi *“viene a ser un poder- deber, considerando la obligatoriedad que implica su ejercicio y dada su naturaleza integradora a una función estatal, de contenido jurídico”*²⁰

Para Forthoff *“el control público está enraizado como principio natural en la estructura misma del poder estatal, pues no hay “poder sin control”, o al menos no debe haberlo, y es un predicado republicano su instauración y regulación”*²¹

Sin embargo, ese poder de control no solamente se restringe a los administrados, también corresponde a la Administración y al poder Judicial a través de la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo, por lo que en términos generales deberá entenderse que el control a la administración se constituye en la fórmula orgánica de la estructura del poder que puede ser asumida por los diferentes actores que confluyen en ejercicio de sus derechos y de las funciones que se les han conferido.

Por lo expuesto anteriormente es que existen diferentes vías y remedios procesales para el control de la función administrativa.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000. M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁰ DROMI, José Roberto. Derecho Administrativo Económico. Tomo 2. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires: 1985. p. 550.

²¹ FORSTHOFF. Tratado de Derecho Administrativo, citado por José Roberto Dromi. Derecho Administrativo Económico. Tomo 2. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1985 Pág 553.

Para Roberto Dromi²² es posible tipificar las modalidades de control del obrar público, desde diversos ángulos y criterios así:

- a. Por la actividad: control administrativo, jurisdiccional y político-legislativo.
- b. Por la oportunidad: control preventivo, concomitante y represivo
- c. Por el objeto: de personal y de actividades
- d. Por la localización orgánica: controles horizontales y verticales
- e. Por el órgano controlante
- f. Por la entidad u órgano controlado
- g. Por la forma de promoción: control de oficio y a instancia de parte
- h. Por el alcance: control de legitimidad y de oportunidad
- i. Por las atribuciones del órgano superior: revocación, modificación y sustitución
- j. Por la forma jurídica del acto de control

Dentro la clasificación descrita llama la atención para efectos del presente trabajo la señalada en el literal a), específicamente el control administrativo, pues para el autor *“comprende “el autocontrol” (de oficio o a instancia de parte) efectuado internamente por los órganos públicos en ejercicio de la función administrativa. Todo órgano de la administración (superior o inferior, jerarca o subordinado) ejerce poderes y competencias de revisión de la conveniencia u oportunidad y de la legalidad de sus propios actos”*²³

Ese autocontrol, según el tratadista, puede ser ejercido de oficio o a petición de parte, por advertir la administración deficiencias originarias o sobrevinientes en la decisión contenida en el acto administrativo, siendo obligatorio para los órganos revocar o modificar de oficio sus propios actos ilegales en todo tiempo, cuando ningún límite jurídico se lo impide²⁴.

En la legislación Argentina, como nos enseña el autor, el control se puede invocar además por razones de interés público, motivos por los que procede la revocación Y modificación de los actos con las reparaciones indemnizatorias a que hubiere lugar.

En Colombia el control de legalidad en el ejercicio de la función administrativa esta confiada a los particulares, la administración y la jurisdicción de lo contencioso administrativa. Los controles existentes en el derecho colombiano son los siguientes: la vía gubernativa, la vía jurisdiccional o de acción, el control automático, la revocatoria directa y la vía de excepción, que será analizado con mayor profundidad en el presente trabajo.

²² DROMI. Op. Cit., p556.

²³ Ibid., p 561.

²⁴ Ibid., p 561.

A efectos de explicar cada uno de estos controles, y distinguir uno del otro, se adoptará el texto de Derecho Administrativo Colombiano del Tratadista LIBARDO RODRIGUEZ R de la siguiente forma:

1.2 CONTROL DE LEGALIDAD A TRAVES DE LA VIA GUBERNATIVA

Es el camino para que los interesados en una decisión de la administración puedan controvertirla y sea esta misma la que revise sus propias decisiones. Es un instrumento jurídico que posibilita la revisión o el estudio de los actos administrativos por la misma administración, por ello se llama vía (camino) gubernativa; el legislador no fue técnico pues parece que la reclamación se la hace ante el gobierno y lo correcto es **vía administrativa** pues se reclama ante las autoridades que ejercen función administrativa.

A través de este medio, entonces, la administración tiene la posibilidad de enmendar sus propios yerros. Este mecanismo tal como lo describe el tratadista Libardo Rodriguez es un control de legalidad ejercido ante la administración para que ella misma se autocontrole.

La vía gubernativa es un procedimiento en la que no se puede buscar o pedir indemnización de perjuicios, pues su reconocimiento sólo le corresponde al juez de lo contencioso administrativo.

El procedimiento de vía gubernativa inicia una vez expedida y notificada una decisión o cuando la administración no se pronuncia dentro del término de ley sobre una petición, configurándose el denominado silencio administrativo. La vía gubernativa por regla general es un requisito para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por medio de la vía gubernativa se pueden ejercitar tres recursos: el recurso de reposición que se interpone ante el mismo funcionario que dictó el acto administrativo para que lo aclare, lo modifique o lo revoque; el recurso de apelación que procede con las mismas finalidades pero ante el inmediato superior del funcionario que dictó la providencia.

En tercer lugar, el recurso de queja que procede cuando se rechaza el de apelación y se interpone ante el inmediato superior de quien adoptó decisión.

Todos los recursos mencionados deben interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal o dentro de los cinco días siguientes a la misma.

Los recursos suspenden los efectos de la decisión, se resuelven tras un análisis de los argumentos y documentos aportados por el interesado al momento de interponerlo, sin que exista algún procedimiento especial excepto si se solicita la

práctica de pruebas, caso en el cual deberá acatárselo preceptuado en los artículos 56 a 58 del Código Contencioso Administrativo.

1.3 CONTROL DE LEGALIDAD POR REVOCATORIA DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Consiste en que la administración hace perder efectos a una decisión adoptada con anterioridad, el acto administrativo que contiene tal decisión, desaparece de la vida jurídica.

Debe diferenciarse la revocatoria directa de la anulación que es la que opera para que un acto administrativo se extinga pero por una vía diferente, la denominada vía por acción o jurisdiccional que se detallará más adelante.

Así mismo, es indispensable diferenciarla de la vía gubernativa que se explico con anterioridad pues esta última aunque puede tener los mismos efectos, esto es, revocar el acto administrativo sólo se produce cuando el interesado presenta los respectivos recursos una vez expedido el acto administrativo, sin que se encuentre ejecutoriado. Por el contrario, la revocatoria directa se da por fuera de los términos de la vía gubernativa e independiente de ella, pues procede precisamente cuando no existe vía gubernativa o porque habiéndola no se hizo uso de ella.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, las causales en que debe fundarse la revocatoria directa son las siguientes: a) Cuando exista manifiesta oposición del acto a la Constitución o la ley, b) Cuando el acto no esté conforme con el interés público o social, o atente contra él. C) Cuando con el acto se causa agravio injustificado a una persona.

Para la doctrina la primera causal hace relación con el control de legalidad que hace la misma administración de oficio o a solicitud de parte, respecto de sus propias decisiones, no obstante, dicho control tiene una clara excepción pues no puede efectuarse sobre actos administrativos de carácter particular cuando no se cuenta con el consentimiento expreso y escrito del involucrado, afectado o interesado.

Frente a esta última anotación la jurisprudencia ha sido reiterativa al manifestar que:

La revocación de un acto administrativo, esto es, el retiro definitivo por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario, puede ocurrir como resultado de la utilización de los recursos en vía gubernativa o como medida unilateral de la administración, atributo de la autoridad.

En este último evento, conocido como revocación directa (Título V, C.C.A.) debe distinguirse la revocación de los actos creadores de situaciones generales de la de los actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto.

La primera, respecto de los actos generales o actos regla, siempre es posible por razones de legitimidad o de mérito o conveniencia en la medida que desaparezcan o cambien los presupuestos del acto jurídico original, o haya mutación superviniente de las exigencias del interés público que debe satisfacerse mediante la actividad administrativa.

No sucede igual cuando el acto ha engendrado situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, por cuanto éstas, por naturaleza, son inmodificables e irrevocables unilateralmente por la Administración.

En el evento de que un acto administrativo que presente vicios de ilegalidad haya generado una situación jurídica de esa naturaleza, en virtud de la separación de poderes, elemento esencial de un estado de derecho, no corresponde a la Administración la facultad de declarar el vicio y anular, por la vía de la revocación dicho acto. La atribución de anular los actos administrativos por ser contrarios a normas superiores, por vicios en su formación, por falsa motivación, etc., es propia única exclusivamente de la jurisdicción. Lo jurídico, entonces, es que la administración acuda ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar su propio acto y no pretender corregir un acto que considera ilegal, cometiendo otra ilegalidad.

Lo expresado encuentra respaldo en el C.C.A., que diferencia claramente la revocación de los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas generales, los cuales podrán ser revocados unilateralmente, como un atributo de la Administración, en cualquier tiempo, por las causales señaladas en la ley (art. 69), las que se desenvuelven entre la legalidad y la conveniencia y oportunidad; de la de los actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, que sólo podrán ser revocadas con el consentimiento expreso y escrito del titular de la misma (art. 73).²⁵

Se trata entonces, de un evidente mecanismo de control de legalidad, que encuentra su límite en los derechos de quienes se han beneficiado o afectado por una decisión pues en ese caso, tal como parece, la legalidad como principio general y rector deberá ceder al interés particular del respectivo titular.

Tal como se sabe existen dos excepciones a la revocatoria de actos administrativo previo el consentimiento del titular cuando se trate de actos presuntos por silencio administrativo positivo sobre los cuales se configure una causal de revocación, y

²⁵ Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Primera. - Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996). Consejero Ponente: Doctor Juan Alberto Polo Figueroa.

otra, cuando fuere vidente que el acto expreso haya ocurrido por medio ilegales. La norma consagra así mismo que todo acto administrativo puede revocarse parcialmente cuando se trate de corregir simples errores aritméticos o de hecho, que no incidan en el sentido de la decisión.

Sobre este aspecto vale la pena cuestionarse a fin de analizar si la revocatoria directa se constituye en un verdadero control de legalidad respecto de los actos administrativos de carácter particular y concreto, y si realmente efectivamente se encuentra al servicio de la administración, y del Estado Social de Derecho, o si por el contrario, resulta una alternativa para el titular del derecho por haberse superado los términos para agota la vía gubernativa.

A mi parecer la revocatoria directa no representa un verdadero control de legalidad para la administración porque tiene restricciones que terminan por mantener la situación dependiendo del interés particular, de manera que no se logra el cometido de acomodar la decisiones a la legalidad pese a que ello implique afectar al titular, y no se quiere decir con esto que la arbitrariedad deba permitirse en esta clase de procedimientos, pues la administración deberá indemnizar por los daños causados a quienes de buena fe confiaron en la seguridad de sus decisiones, simplemente quiero significar que este mecanismo de control no es más que un recurso alternativo para quien se ve afectado por una decisión y no una herramienta para defender la legalidad como principio rector de un Estado Social de Derecho.

1.4 CONTROL AUTOMATICO DE LEGALIDAD A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

De acuerdo a lo establecido en el artículo 20 de la ley 134 de 1994 lo actos de carácter general que sean dictados en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante la aplicación de dichos estados de excepción, tendrían un control inmediato de legalidad, ejercido por el tribunal o juez administrativo del lugar donde se expidieron los actos, si ello fueron expedidos por autoridades territoriales, o por el Consejo de Estado, si emanaren de autoridades nacionales.

1.5 CONTROL DE LEGALIDAD POR VIA DE ACCIÓN O VIA JURISDICCIONAL A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Tal como lo define el tratadista LIBARDO RODRIGUEZ “la vía jurisdiccional o vía de acción es la controversia jurídica que entabla ante los jueces. Ya en el campo más preciso en que nos encontramos ubicados, es decir, sobre el principio de legalidad, la vía jurisdiccional es la controversia jurídica que se entabla contra las

actuaciones administrativas, pero ya no ante la misma administración, como vía gubernativa gubernativa, sino ante la rama judicial.”²⁶

Las acciones que proceden contra los actos administrativos son las siguientes:

1.5.1 Acción de nulidad. Tal como lo ha determinado la doctrina y la jurisprudencia la acción de nulidad se caracteriza porque, es una acción popular, que puede ser propuesta por cualquier persona, pues para ejercerla no es requisito que se haga por intermedio de un abogado, a diferencia de otras acciones. No caduca, lo que significa que puede ser interpuesta en cualquier tiempo, la sentencia tiene efectos “erga omnes”, si la decisión es anulatoria; en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora; además no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda.

Según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado²⁷, además de los casos previstos en la ley, la acción de nulidad procede contra actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que éste se refiere, comporte un especial interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección en el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos.

1.5.2 Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Se encuentra prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, consiste en que el afectado por una decisión adoptada en ejercicio de la función administrativa solicita al juez de lo contencioso administrativo declare la nulidad del acto por ser contrario a una norma jurídica superior, pero que, además se le restablezca en su derecho o se le repare el daño. *Por consiguiente, la referida acción sólo puede ser ejercida por la persona cuyo derecho ha sido violado o vulnerado en virtud del acto administrativo.*

La Corte Constitucional en la sentencia C -199 de 1997 se refirió a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con el principio de legalidad en el siguiente sentido:

²⁶ RODRÍGUEZ. Op. Cit., p 305.

²⁷ Sentencia nº 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030) de Consejo de Estado, Sección Primera, de 04 de Marzo 2003 Ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA

Se ejerce no sólo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que también con ella se pretende la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo. Esta acción sólo puede ser ejercida por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto. Para su ejercicio se requiere el agotamiento previo de la vía gubernativa a través de los recursos procedentes ante la misma administración.

Respecto a la sentencia que se dicte es desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ella produce dos clases de efectos: generales o erga omnes en cuanto a la declaratoria de nulidad y relativos o interpartes en cuanto al restablecimiento de los derechos violados, pues este solo beneficia y obliga a las partes que intervinieron en el proceso. Igualmente, como pueden haberse producido efectos en virtud de la sentencia que no es posible eliminar, en estos casos el restablecimiento del derecho se traducirá en una indemnización de perjuicios, en la modificación de una obligación fiscal o en la devolución de lo pagado indebidamente. Finalmente, por regla general sólo procede contra actos de carácter individual o subjetivo²⁸

El término de caducidad de esta acción es de cuatro meses contados a partir del día siguiente a su publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto; es decir, que después de este término ya no podría ejercitarse la acción. Tal como se lee en el aparte de transcrito de la sentencia de la Corte Constitucional por regla general sea admite para actos administrativos de carácter particular y concreto aunque la jurisprudencia ha aceptado su procedencia excepcionalmente para actos de contenido general.²⁹

Por vía de acción también se puede ejercitar la acción de reparación directa y las acciones contractuales, sin embargo, estas no guardan una relación muy estrecha con el control de legalidad que se pretende estudiar y por lo tanto no es necesario hacer un estudio detallado al respecto.

Además de las acciones mencionadas existen otras que según la Constitución y la ley también se constituyen en mecanismos de control jurisdiccional del principio de legalidad frente a las actuaciones administrativas, aunque no son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el tratadista Libardo Rodríguez³⁰ estas acciones son las siguientes:

²⁸Corte Constitucional. Sentencia C199 de 1997. Magistrado Ponente Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

²⁹ Véase las sentencias: Consejo de Estado, sentencia del 23 de noviembre de 1992, S 1ª, exp 1932, sentencia de 11 de octubre de 1994, S 1ª, exp 295, CE sentencia del 04 de febrero de 1999, S 2ª, exp 12786.

³⁰ RODRÍGUEZ. Op. cit, p 309

- ✓ Acción de inconstitucionalidad o inexecutable, consagrada en el artículo 241 y siguientes de la Constitución Política, y aunque no se refiere propiamente a actos administrativos sino legislativos dictados por el presidente de la república, es decir, actos administrativos en sentido formal, se considera un mecanismo de control a la legalidad de los decretos presidenciales que tienen fuerza de ley, con excepción de los que tienen control automático.
- ✓ Acción de nulidad por inconstitucionalidad, prevista por el artículo 237-2 de la Constitución política, como mecanismo de control de los decretos dictados por el gobierno nacional cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional, la cual se ejerce por el Consejo de Estado, se tramita por la sección especializada correspondiente mediante el procedimiento ordinario previsto en el Código contencioso Administrativo.
- ✓ La acción de tutela: a través de la cual toda persona podrá reclamar la protección de sus derechos fundamentales, por medio de un procedimiento preferente cuando quiera que se vean vulnerados o puestos en riesgo por decisiones adoptadas en ejercicio de la función administrativa.
- ✓ La acción de cumplimiento: por medio de la cual toda persona puede acudir ante el juez administrativo para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.
- ✓ Las acciones populares: “que se ejercitan para la protección de derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad p{públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en la ley”³¹
- ✓ Las acciones colectivas o de grupo: cuyo origen se encuentra en los daños causados un número plural de personas. Para que sean competencia del juez de lo contencioso deberán ser daños ocasionados por la actividad de las entidades públicas o particulares que desempeñen funciones administrativas.

³¹ *Ibíd*, p 311

1.6 CONTROL DE LEGALIDAD POR VIA DE EXCEPCION A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Este control de legalidad, llamado precisamente por vía de excepción consiste, a diferencia del control por vía de acción, en que la autoridad que realiza el mismo se abstiene de aplicar un acto administrativo por considerar que viola una norma jurídica superior, en este sentido, no es necesario acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para el caso de controlar un acto administrativo, pues bastaría la no aplicación del mismo para hacer uso de este mecanismo consagrado expresamente en la legislación Colombiana.

La figura de la excepción para el caso de Colombia está bien determinada por la Constitución y la ley, en primer lugar, el artículo 4° de la Constitución establece que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”³² disposición que permite deducir con facilidad que una norma cualquiera que sea su rango de be inaplicarse en caso de ser contraria a la Constitución.

Por otra parte, el artículo 12 de la ley 153 de 1887, establece que las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o las leyes, lo que significa que tampoco pueden ser aplicados si vulneran una norma superior. Debe tenerse en cuenta que la norma descrita data de 1887, mucho antes de que fuera expedida la Constitución de 1991, no obstante, haber sido declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-037 de 2000, por lo que al mencionar actos ejecutivos del gobierno debe entenderse actos administrativos in genere.

El control por vía de excepción tiene fundamento además en el principio de jerarquía normativa que rige nuestro ordenamiento jurídico y el de legalidad que permea nuestra organización Estatal.

1.6.1 Características:

- ✓ No tiene un procedimiento especial porque se trata de la inaplicación de un determinado acto administrativo por encontrarse violatorio de una norma jerárquicamente superior, sin embargo, el legislativo se encuentra en mora respecto del procedimiento a aplicarse en estos casos concretos pues como se sabe la actividad de la administración debe ser siempre reglada.
- ✓ Puede darse dentro de un procedimiento jurisdiccional o administrativo: tal como se desprende de una lectura desprevenida de las normas transcritas, esto es, del artículo 4° de la Constitución Política y del artículo 12 de la ley 153

³² CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 4°

de 1887, el control por vía de excepción no está restringido a ciertas autoridades en particular, (sin considerar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C- 037 de 2000, el cual será objeto de estudio posterior), y por ello puede darse dentro de un procedimiento judicial o administrativo.

- ✓ Puede aplicarse de oficio o a solicitud de parte: Así, un acto administrativo que se considere violatorio de la ley puede dejarse de aplicar por el funcionario encargado de aplicarla por su propia iniciativa o a instancia de parte.
- ✓ Solo produce efectos relativos: El acto administrativo que decide inaplicarse no pierde vigencia sino sólo para el caso en concreto en el marco del cual se inaplica la misma, por ésta razón los efectos de la decisión son inter-partes y por ello el acto administrativo sigue vigente según el caso.
- ✓ Puede aplicarse en cualquier tiempo: No tiene un término de prescripción o caducidad no obstante si la ilegalidad es declarada por un juez que anula la decisión no podrá hacerse uno de este control por vía de excepción por cuanto el acto no podría aplicarse más.
- ✓ Puede afirmarse entonces, que el control por vía de excepción opera a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad y por medio de la excepción de ilegalidad, desde mi perspectiva lo que diferencia a la una de la otra es que protegen intereses que están presentes en la Constitución la primera, y en la ley la segunda, sin embargo, su fundamento, origen y aplicación no tendría porque diferenciarlas.

1.7 DIFERENCIAS ENTRE EL CONTROL POR VIA DE ACCIÓN Y EL CONTROL POR VIA DE EXCEPCIÓN

Según Copete Lizarralde las diferencias entre la acción y la excepción se dan en cuanto al funcionario competente, al medio y a sus efectos.

En cuanto al funcionario competente, tenemos que para la acción debe tenerse en cuenta factores fijados por la ley para determinarlo, no obstante, en general debe decirse que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo efectuar el control de legalidad de los actos por vía de acción. Para el caso del control por vía de excepción como se manifestó, y tras una lectura rápida de la ley cualquier funcionario que deba aplicar la ley.

En cuanto al medio de ejercer el control de legalidad por vía de acción, como su mismo nombre lo indica, deberá efectuarse dentro un proceso judicial iniciado

mediante la correspondiente acción contenciosa que se determinará de acuerdo al interés del actor. El control por vía de excepción también como su nombre lo indica no requiere de una acción para ejercitarse pues persiguiendo siendo un mecanismo que cuida de la legalidad del acto administrativo se ejerce por simple inaplicación del acto contrario a la ley, en este sentido por su propia naturaleza no requiere de una acción o un procedimiento judicial, aunque puede darse en este escenario, no está restringido a él por lo que la autoridad administrativa también puede utilizarlo dentro de una de sus actuaciones, no obstante lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C- 037 de 2000, fallo que será objeto de estudio en capítulo precedentes.

En cuanto a los efectos, debe decirse que en tratándose del caso de la nulidad los efectos serán erga omnes, y para el caso de la nulidad y restablecimiento del derecho los efectos serán inter-partes. Para el caso de la excepción los efectos serán inter-partes pues se inaplicará el acto administrativo en un caso particular lo que no afectará su vigencia en el ordenamiento jurídico.

No encuentro admisibles muchos de los argumentos de la Corte Constitucional cuando estudia la exequibilidad del artículo 12 de la ley 153 de 1887 por considerarlos argumentos de simple conveniencia que no reflejan un estudio serio en derecho del control por vía de excepción, principalmente no comparto concebir la excepción de ilegalidad como una herramienta que deba ejercitarse dentro de un procedimiento contencioso administrativo, pues así no fue concebida por el legislativo en sus inicios, la posición de la Corte en este fallo desnaturaliza el control por vía de excepción al exigirle a la administración ejercerlo a través de una de las acciones dispuestas por Código Contencioso Administrativo, si el legislativo dio cabida a este control fue porque requería un control de legalidad urgente que permita garantizar la jerarquía normativa y no una figura inocua que al ejercerse a través de una acción se convierte en una simple pretensión del actor que bien podría asimilarse a una pretensión en la demanda de nulidad cuando se solicita su declaratoria por violación de la ley.

La figura de la excepción de ilegalidad tal como la interpreta la Corte Constitucional es inútil y no representa el valor que la excepción como control de legalidad tiene en el Derecho, la trascendencia que el sistema por vía de excepción tuvo en el campo jurídico desde el famoso fallo del juez Marshall en 1803 tras resolver en caso Marbury Vrs Madison, se desecha en el fallo contenido en la sentencia que restringe el ejercicio de la excepción de ilegalidad al juez de lo contencioso administrativo.

El control por vía de excepción contiene y es resultado de la necesidad de defender los principios de legalidad y jerarquía normativa ya explicados, se percata de la coherencia en el ordenamiento jurídico y la consecuente seguridad jurídica que ello representa, razón que sirve de fundamento para rechazar en el presente trabajo la posición del alto tribunal, que en el asunto que se estudia

intentó a través de argumentación jurídica dar fundamento a unas restricciones que no encuentran lugar en la teoría del control de legalidad y del acto administrativo pues se trata de argumentos desconfiados de la administración que surgen por simple conveniencia Institucional.

2. LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD DESDE DIVERSAS PERSPECTIVAS

Como pudo concluirse del capítulo anterior la excepción de ilegalidad es un mecanismo de control que difiere totalmente del que se ejerce a través de la acción, esta distinción es esencial por cuanto la excepción de ilegalidad es una defensa al principio de legalidad, no ya como un proceso ofensivo, por el contrario, consiste en la no aplicación por parte de un funcionario de una decisión administrativa por ser contraria a la ley.

Aunque la Corte Constitucional no ha querido reconocerlo, la excepción de ilegalidad tiene el mismo fundamento ontológico y jurídico que la excepción de inconstitucionalidad, que consiste precisamente en defender la unidad del ordenamiento jurídico, su coherencia y armonía, partiendo de la consideración básica de que el ordenamiento jurídico Colombiano supone una jerarquía normativa, tal como se puede leer de la sentencia C 037 de 2000³³, que a tenor literal reza:

“El ordenamiento jurídico Colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras”³⁴

“ (...) Pero mas allá de la supremacía Constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan en principio, una posición prevalente es la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico”

De esta manera la finalidad de la excepción de inconstitucionalidad y de ilegalidad resulta siendo el mismo, el de proteger que las actuaciones administrativas, para el caso en estudio, preserven el principio de legalidad que rige en nuestro Estado Social de Derecho.

³³ Corte Constitucional sentencia c 037 de 2000

³⁴ *Ibíd*

Principalmente por ésta razón la Corte Constitucional se manifestó frente a constitucionalidad del artículo 12 de la ley 153 de 1887, disposición que consagra la excepción de ilegalidad pues consideró que:

“la jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las siguientes en dicha escala jerárquica...”

De esta condición jerárquica del sistema jurídico se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales deriva su validez, den lugar a la ruptura e la armonía normativa. Así aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deban ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior jerarquía que resultan contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deban subordinarse. Es decir la excepción de ilegalidad, resulta acorde con la Constitución”³⁵

De lo anterior puede deducirse que no hay duda en que la diferencia entre la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad estriba en la norma que pretenden defender, en el primer caso, la Constitución, y en el segundo la ley.

Casi toda la literatura jurídica coincide en considerar que el antecedente del control por vía de excepción tuvo lugar con la decisión en la que el magistrado John Marshall se sustrajo de aplicar una ley federal por violar una directriz constitucional que explícitamente establecía que la Constitución de los Estados Unidos de América es la ley suprema del territorio y que las leyes y decretos de ese país sólo pueden ser hechos en cumplimiento de la Constitución³⁶

En este afamado fallo pueden leerse los siguientes apartes, que me permito transcribir:

La base sobre la que se erige la totalidad del edificio americano se encuentra en la idea de que el pueblo tiene un derecho originario de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue mas adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho originario supone una gran esfuerzo, que no puede ni debe repetirse con frecuencia. Los principios así establecidos se consideran fundamentales. Y, puesto que la autoridad de la

³⁵ *Ibíd*

³⁶ Doctrina Marshall, tomado de la Revista de Derecho No 8 de la Universidad del Norte, 1997, p 104.

que proceden es suprema, y sólo, ocasionalmente se manifiesta, están destinados a ser permanentes.

Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede detenerse aquí, o bien fijar, además, límites que tales poderes no podrán transgredir.

El gobierno de los Estados Unidos es de esta última clase. Los poderes del legislativo están definidos y limitados, y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con que objeto se limitan los poderes y a que fin se establecen tales limitaciones por escrito si aquellos a quienes se refieren pueden obviarlas en cualquier momento? Si tales límites no restringen a aquellos a quienes afectan y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida. Está fuera de discusión que o bien la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o bien el legislador puede alterar la Constitución a través de una ley ordinaria.

Entre tales alternativas no hay término medio posible, o la Constitución es una ley superior y suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efectos siempre que al legislador le plazca.

Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley, si en cambio es verdadera la segunda entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

(...) si los Tribunales deben tener en cuenta la Constitución y esta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al que ambas normas son aplicables.

Quienes niegan el principio de que el Tribunal debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven reducido a la necesidad de sostener que los tribunales debe cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley.

Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro ordenamiento gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el legislativo actúa de un modo que le está expresamente prohibido, la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz.³⁷

Este antecedente es muestra clara de la importancia que reviste el control por vía de excepción, mismo que es inconfundible con el control por la vía jurisdiccional

³⁷ Sentencia Marbury Vrs Madison de la Corte Suprema de los Estados Unidos, 24 de Febrero de 1803. En Textos Básicos de la historia Constitucional comparada³ centro de Estudios Políticos y constitucionales Madrid 1998.

que debe ejercitarse a través de una acción por considerarse como un medio expedito e inmediato para hacer respetar la jerarquía normativa.

Ahora bien, en Colombia la disposición que contiene la excepción de ilegalidad en ningún momento refiere que dicho control deba ser ejercido por una determinada autoridad, pues refiere únicamente que las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes, sin que refiera en ningún momento quien deberá efectuar tal control, luego, si el legislador no distinguió que clase de autoridad puede aplicarla, no le es entonces lícito al intérprete; máxima tomada del viejo aforismo *Ubi lex distinguit, neg nos distinguere debemus*.

Sin embargo, un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia opinan que el manejo de la excepción de ilegalidad es más difícil que el de la excepción de inconstitucionalidad debido a los atributos con que cuenta el acto administrativo y que le son propios por naturaleza: su ejecutoriedad, su obligatoriedad y principalmente la presunción de legalidad que los ampara, aspectos que permiten que el acto administrativo se constituya en un verdadero instrumento de la administración a través de la utilización de prerrogativas propias del poder público.

En torno a la procedencia de la excepción de ilegalidad, dada la presunción de legalidad que acompaña los actos administrativos, y su aplicación por parte de la administración existe una profunda discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, misma que será objeto de estudio en el presente capítulo.

2.1 LA DOCTRINA FRENTE A LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD

La doctrina rígida del acto administrativo, sostiene que la decisión de la administración goza de la presunción de legalidad, y por tanto, no puede ser desobedecida por autoridades inferiores, ni mucho menos por los particulares.

El profesor Jaime Vidal Perdomo, es un defensor de la presunción de legalidad de los actos administrativos y por ésta razón no considera viable la aplicación de este control de legalidad, en su texto Derecho Administrativo, expresa:

“Creemos que esta excepción de ilegalidad no tiene cabida en el derecho colombiano, por varias razones. Primeramente, la acción de nulidad no prescribe y tiene suspensión provisional, así que en cualquier momento puede buscarse una definición judicial sobre la legalidad de un acto. En segundo lugar, porque deja al criterio o capricho de los particulares o de los mismos gobernantes la ejecución de las normas administrativas: es no solamente ofrecer un factor de confusión jurídica sino desarticular la tarea que corresponde cumplir a esa rama del poder público y despojarla del carácter jerárquico y operativo que posee. En tercer lugar, porque al

establecer Tribunales de lo contencioso administrativo encargados del control legal de la administración, la Constitución y la ley han querido confiar exclusivamente a ellos el pronunciamiento sobre la legitimidad jurídica de sus actos”

“Finalmente, y desde el punto de vista de las autoridades administrativas y en relación con los decretos del presidente de la república, tal posibilidad colocaría al funcionario que hiciera el discernimiento por encima de la suprema autoridad administrativa del Jefe de Estado, contrariando de esa manera el artículo 120 de la Constitución. (Actualmente sería el artículo 189 de la Constitución Política).

“Con fundamento en la penúltima consideración, pensamos que ha sido derogado tácitamente el artículo 12 de la ley 153 de 1887. El texto de dicho artículo es el siguiente: ‘las ordenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán obligatorios mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes, ni a la doctrina legal más probable’. En efecto, la ley es de una época en que no existía control efectivo de la legalidad de los actos administrativos, siendo así entendible que se dosificaran los mandatos de los decretos presidenciales con otras normas superiores, y se enfrenta al sistema de la jurisdicción contenciosa administrativa operante realmente desde la reforma Constitucional de 1914”³⁸.

Por su parte, el Tratadista Libardo Rodríguez Rodríguez apartándose de la anterior posición y con una visión más laxa de la presunción de ilegalidad explica la procedencia de la aplicación de la excepción de ilegalidad en el sistema jurídico Colombiano respondiendo a cada una de las críticas ya planteadas por VIDAL PERDOMO de la siguiente manera:

“Desde las primeras ediciones de este libro hemos creído que la excepción puede ser aplicada tanto por las autoridades jurisdiccionales como por las administrativas con fundamento en los siguientes argumentos:

1) En cuanto a la existencia de la acción de nulidad y la posibilidad de suspensión provisional, ello no debe oponerse a aplicar la vía de excepción, pues, precisamente, esta última figura existe, como se ha explicado para evitar las consecuencias funestas que puede traer la aplicación de las normas mientras son suspendidas o anuladas.

2) Respecto del segundo argumento, es claro, por una parte, que la excepción no puede ser aplicada por los particulares, por otra parte, no se

³⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Doceava Edición. Bogotá: Legis Editores S.A 2004, p 478.

trata de dejar al capricho de los gobernantes la ejecución de las normas sino de que actúen razonadamente en esos casos excepcionales en que se verían avocados a aplicar una norma ilegal.

3) Respecto de la posible exclusividad de la jurisdicción contencioso administrativa para controlar la legalidad de los actos de la administración, es cierto que a esta jurisdicción le corresponde el pronunciamiento definitivo, pero ello no excluye la existencia de otros medios de control como es el caso de la vía gubernativa, de la vía excepción y de la acción de tutela, entre otros.

4) Sobre el respeto absoluto debido a los decretos del presidente por su calidad de suprema autoridad administrativa no creemos que esa calidad impida la aplicación de la vía de excepción, porque sería predicar la obligación de obediencia ciega e irrazonada por los funcionarios. A este respecto debemos recordar que el artículo 6° de la Constitución hace responsables a los funcionarios por sus actuaciones ilegales y el artículo 91° de la misma Carta manifiesta que "El mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta", salvo el caso de los militares en servicio. De estas dos normas puede deducirse que los funcionarios no están obligados a aplicar las normas cuando consideren que ellas son ilegales así hayan sido dictadas por sus superiores.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que mientras en esta obra hemos analizado el principio de legalidad y la excepción de ilegalidad desde el punto de vista general, es decir, entendidos dichos conceptos como aplicables a todas las categorías o escalas que conforman la jerarquía normativa de cualquier ordenamiento jurídico, nuestra jurisprudencia Constitucional ha diferenciado entre la excepción de inconstitucionalidad, referida a la posibilidad de abstenerse de aplicar una norma de cualquier jerarquía por ser contraria en forma flagrante o manifiesta a la Constitución Política, y la excepción de ilegalidad entendida como la posibilidad de dejar de aplicar un acto administrativo por ser contrario a una norma superior de cualquier categoría diferente de la Constitución, para concluir que la excepción de inconstitucionalidad puede ser aplicada por cualquier juez y aún por las autoridades administrativas mientras que la excepción de ilegalidad sólo puede serlo por los jueces que conforman la jurisdicción de lo contencioso administrativo.³⁹

Tal como puede notarse existen argumentos suficientemente fundamentados para defender una u otra posición y por ello no es fácil asumir una posición clara frente al tema en estudio, al respecto es preciso aclarar, que quizás resulta sencillo adherirse al pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C 037 de 2000, y afirmar con serenidad que la Corte ya definió el tema, y por lo

³⁹ RODRÍGUEZ. Op. cit.,

tanto, su fallo se constituye en uno de obligatorio cumplimiento que agota la discusión, no obstante, lo que se pretende en el presente trabajo es profundizar y estudiar la excepción de ilegalidad desde su génesis, teniendo en cuenta su naturaleza, su fundamento óntico y jurídico pese a que la Corte ya haya hecho tal análisis, pues como se verá el alto Tribunal omitió elementos jurídicos evidentes y los reemplazo por argumentos de conveniencia para limitar el control de legalidad por vía de excepción en manos de las autoridades administrativas.

Por su parte, el profesor GILBERTO AUGUSTO BLANCO ZUÑIGA en su texto "Comentarios sobre la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en Colombia"⁴⁰ hace un análisis de la excepción de inconstitucionalidad y la de ilegalidad para concluir que pese a tener los mismos fundamentos jurídicos resulta mucho más difícil la aplicación de la excepción de ilegalidad, dado el carácter de legalidad que se presume de los actos administrativos, sobre el particular afirma que a buena hora la Corte Constitucional llegó a ponerle fin a un asunto respecto del cual ni la doctrina ni la misma jurisprudencia del Consejo de Estado se ha unificado criterio.

El autor comparte que la aplicación de la excepción de ilegalidad sea privativa del Juez de lo contencioso administrativo, considera que de no limitarse el ámbito de aplicación de la misma se hubiera condenado al país al caos total de la administración, pues la presunción de legalidad que se funda en el interés general y que protege el acto administrativo presupone, más que un fin, una necesidad estatal para la realización de todos sus cometidos. Según este tratadista una hipótesis diferente desconocería la capacidad operativa y funcional de la administración; entendiendo por ésta todas las autoridades que dentro de la estructura del Estado hacen parte de las ramas del poder público en todos sus órdenes, en la medida en que cualquier autoridad se vería investida para inaplicar una norma que resulta contraria a otra de mayor jerarquía.

Al parecer BLANCO ZUÑIGA también hace parte de los defensores acérrimos de la presunción de legalidad que acompaña los actos administrativos, no obstante, es primordial reflexionar sobre los límites que esta misma presunción debe tener, límites que encuentran fundamento en el mismo principio que le dio origen a dicha presunción, el principio de legalidad. No es posible que un acto administrativo manifiestamente violatorio de la ley pueda ampararse en tal presunción para hacer gala de su fuerza vinculante y su obligatoriedad, en estos casos, tal como lo afirma el tratadista LIBARDO RODRIGUEZ "la aplicación estricta del principio de presunción de legalidad puede traer consecuencias graves para la vida jurídica del Estado."⁴¹

⁴⁰ BLANCO ZUÑIGA, Gilberto Augusto. Comentarios a la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en Colombia. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 2001

⁴¹ RODRIGUEZ. Op. cit.,

Obedecer sin ninguna reflexión a la presunción de legalidad equivale a aplicar actos administrativos pese a ser manifiestamente ilegales, "lo cual es ilógico porque, de otra parte, según el artículo 6° de la Constitución, las autoridades son responsables por sus actuaciones ilegales". Según el Doctor LIBARDO RODRIGUEZ para evitar esas posibles consecuencias funestas que pueda traer la aplicación rígida del principio de presunción de legalidad, el derecho ha creado el mecanismo de la excepción de ilegalidad o vía de excepción la cual consiste en que la autoridad encargada de aplicar determinada norma, se abstiene de hacerlo por que considera que viola una norma jurídica superior.

El Doctor GUSTAVO PENAGOS en el primer tomo de su obra EL ACTO ADMINISTRATIVO⁴² realiza un análisis desde la doctrina y la jurisprudencia de la excepción de ilegalidad y concluye que desde su perspectiva corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo pronunciarse sobre la ilegalidad de los actos administrativos y en este sentido, la excepción de ilegalidad solo debe aplicarse por éstos últimos.

2.2 LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD

Al Consejo de Estado, como máxima autoridad de lo contencioso administrativo, le correspondería en principio la interpretación de la excepción de ilegalidad en el ejercicio de la función administrativa, no obstante, la Corte Constitucional en el año 2000 se pronunció frente al tema, sentando un precedente que hoy en día es acatado incluso por los jueces administrativos y por el mismo Consejo de Estado.

En dicho pronunciamiento, se admite la posibilidad de que la excepción de ilegalidad sea compatible con la Constitución de 1991 y por ende, perfectamente aplicable en Colombia, no obstante, restringió dicha aplicación al juez de lo contencioso administrativo y distinguió lo que la ley 153 de 1887 no diferenciaba, impidiendo de esta manera a la administración la aplicación de este importante control de legalidad, el estudio del fallo de la Corte Constitucional se efectuará en el capítulo que sigue, en el cual se efectuará un análisis exhaustivo del alcance de los argumentos al negar la posibilidad de aplicar la excepción de ilegalidad en el ejercicio de la función administrativa pero admitir el control por vía de excepción para ejercer, por parte de la administración, el control de constitucionalidad.

A continuación se señalarán en forma cronológica los fallos más importantes del Consejo de Estado frente al tema de estudio, con el fin de resaltar que el tema no

⁴² PENAGOS, Gustavo, El acto administrativo Tomo I. Parte General "Nuevas Tendencias". Octava Edición. Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C 2008. p. 607.

es de fácil asimilación y que ha merecido debates importantes a lo largo de los años en las diferentes salas de esta Corporación.

2.2.1 Año de 1960. Uno de los fallos más antiguos, y que al menos refiere la excepción de ilegalidad, reconociendo su existencia en el campo del derecho Colombiano data de 1960, la ponencia corresponde al Doctor Andrés Augusto Fernandez, quien aceptó la aplicación de la excepción de ilegalidad en la vía administrativa, diferenciándola de la inconstitucionalidad (art. 215 de la Constitución de 1886) y señaló que aquella estaba consagrada en el artículo 240 del régimen político y Municipal.⁴³

2.2.2 Año de 1977. En el año de 1977 en un fallo del Magistrado Samuel Buitrago Hurtado también se hizo referencia a la aplicación de la excepción de ilegalidad en el siguiente sentido:

“En estricto derecho, no es procedente la denominada "excepción de inconstitucionalidad" pues ésta supone que entre una norma constitucional y una legal que contengan disposiciones relativas a un mismo asunto pero contradictorias, debe aplicarse la primera. En este caso propiamente no existe incompatibilidad entre el artículo 76, ordinal 9°, de la Constitución y la Resolución N° 539 pues mientras el primero señala que al Congreso de la República le corresponde determinar "la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales", la segunda señala los requisitos que dan derecho a obtener la pensión de jubilación de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria": además, no se ve cómo podría aplicarse en este negocio el artículo 76, ordinal 99., de la Constitución.

En este asunto hay concretamente un caso de incompatibilidad entre un acto administrativo —Resolución N° 539— y una norma de superior jerarquía —Decreto-Ley N° 3135 de 1968— ya que el artículo 27 de este último, aplicable a quienes prestan o hayan prestado sus servicios a la Superintendencia Bancaria, exige a quien pretenda una pensión de jubilación que demuestre, además de 20 años de servicio, tener 55 años de edad, si es varón, o 50 si es mujer.

Esta incompatibilidad da origen a la llamada excepción de ilegalidad, prevista por el artículo 240, inciso 1°, del Código de Régimen Político y Municipal, que dice: "El orden de preferencia de disposiciones

⁴³ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 29 de Julio de 1960. MP Andrés Augusto Fernandez.

contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden superior".

*Así las cosas y sin lugar a estudiar los otros aspectos de la demanda y los argumentos de la parte impugnadora, se resolverá aplicando en este caso la norma de superior jerarquía, es decir, el Decreto 3135 de 1968, sin tener en cuenta la Resolución N° 539 de 1973.*⁴⁴

En el anterior caso, se tuvo en cuenta la disposición que estaba contenida en el Código de Régimen Político y Municipal, (misma que fue declarada inexecutable posteriormente mediante sentencia C-037 de 2000) que acogiendo la ley 153 de 1887 adoptó una prescripción más clara frente al significado de la excepción de ilegalidad en concordancia con el principio de jerarquía normativa en Colombia.

2.2.3 Año de 1979. En el año de 1979 la Sección Cuarta de esta misma Corporación consideró que el artículo 23 del decreto 1902, excedió los límites de la potestad reglamentaria que la constitución le otorgó al Gobierno y consideró conveniente aplicar al caso la excepción de ilegalidad, teniendo en cuenta lo estipulado por la ley 153 de 1887.⁴⁵

En 1990 el doctor Libardo Rodríguez Rodríguez es ponente en un asunto en el que pese a no ser expresamente referida por el actor se aplica de oficio la excepción de ilegalidad dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del Derecho, en el mentado caso, El Banco del Estado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones 3922 de 1.983 (agosto 22), 710 de 1.984 (abril 12) expedidas por el Subgerente Administrativo del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" - Regional Bogotá y Cundinamarca y 1 00 1 de 1.984 junio 14) expedida por el Gerente Regional de la misma institución, y el restablecimiento de los derechos violados con dichos actos, el cual se traduce en la siguiente petición adicional a la nulidad.

El Consejo de Estado con ponencia del referido Magistrado dispuso:

“A pesar de que podría decirse que tanto las Resoluciones acusadas como las que les sirvieron de fundamento gozan de la presunción de legalidad y que específicamente las últimas no son objeto de demanda dentro del presente proceso, la Sala considera que lo que en el fondo ha planteado el

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, 15 de Septiembre de 1977. Rad 4370. M.P Samuel Buitrago Hurtado.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta, 1979. M.P Enrique Low Murtra.

actor, aunque de manera un tanto confusa, es la excepción de ilegalidad o inconstitucionalidad, a fin de que dichas Resoluciones Nos. 1002 de 1.983 y 0 1 34 de 1.984 no se apliquen en el caso sub judice, por ser contrarias a una norma superior como es el Acuerdo 34 de 1.974, en el cual pretenden fundamentarse.

Al respecto, la Sala en aplicación del art. 215 de la Constitución Política, del art. 12 de la Ley 153 de 1.887 y del art. 240 del Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4a. de 1.913), que consagran el principio de la excepción y su aplicación en las diferentes escalas de nuestro ordenamiento jurídico, considera que efectivamente no son aplicables en el presente caso las Resoluciones Nos. 1002 de 1.983 y 0134 de 1.984 que pretendieron darle competencia a los Subgerentes Administrativos y a los Gerentes Regionales del SENA para dictar Resoluciones como las acusadas, por ser violatorias del Acuerdo No. 34 de 1.974, en el cual pretendieron fundamentarse, y que por lo mismo, las resoluciones acusadas fueron expedidas sin fundamento legal.”⁴⁶

2.2.4 Año de 1990. De acuerdo a lo anterior, para 1990 la excepción de ilegalidad no era entendida como una herramienta de los actos dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derechos, además era un mecanismo de control que bien podía ser usado por el juez de oficio, sin que se quisiera decir que había exclusividad en su aplicación por éste último.

2.2.5 Año de 1991. En 1991 este mismo Consejero en sentencia⁴⁷ del 26 de Junio, señaló que la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción competente y su consecuente obligatoriedad, no es obstáculo para que el juez haga prevalecer las normas superiores sobre las inferiores que le sean contrarias, a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad; así lo reafirma en su obra de Derecho Administrativo decimosexta edición.

2.2.6 Año de 1994. En 1994 la posición de la más alta autoridad en lo contencioso administrativo varia de forma drástica, con ponencia del Doctor Jaime Abella Zárate el Consejo de Estado entiende que la excepción de ilegalidad es improcedente en Colombia, según su parecer el artículo 12 de la ley 153 de 1887 debía entenderse derogado tácitamente con la creación de la jurisdicción de lo

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Diciembre 05 de 1990. Rad 952. M. P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 26 de Junio de 1991, M.P Libardo Rodríguez Rodríguez.

contencioso administrativo. En el mentado fallo el ponente afirma que la vigencia de la norma tuvo origen en la época en que no existía control de legalidad de los actos administrativos, y que en la actualidad la acción de nulidad reemplazaría en todo la función que cumple la excepción de ilegalidad en el Derecho Colombiano.

En dicha ocasión la Corporación consideró:

“Además, frente a la excepción de ilegalidad la Sala ha considerado que el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 debe entenderse derogado tácitamente en atención a que dicha norma tuvo vigencia en una época en que no existía control efectivo de la legalidad de los actos administrativos.

Habida cuenta que la jurisdicción contenciosa se creó para ejercer el control de legalidad de la Administración y que la acción de nulidad no prescribe, el legislador colombiano garantizó así que en cualquier momento el particular puede solicitar una definición judicial sobre la legalidad de un acto administrativo inclusive con la posibilidad de obtener la suspensión provisional de sus efectos, cuando es manifiesta su ilegalidad, de donde resulta improcedente darle aplicación a la excepción de ilegalidad, máxime cuando el artículo 66 del C.C.A. establece en forma imperativa que los actos administrativos serán obligatorios en tanto que no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, resulta obligado concluir que, en tanto que los actos administrativos no se encuentran anulados o suspendidos, dichos actos deben ser aplicados, vale decir, obedecidos tanto por los particulares, como por la Administración, en desarrollo de la presunción de legalidad que los cobija y por ello no puede criticarse la actuación de los funcionarios de la Superintendencia Bancaria cuando le dieron aplicación a la Resolución 2732 de junio 24 de 1990.”⁴⁸

2.2.7 Año de 1996. Con el mismo criterio, la Sala de Consulta y servicio Civil en el año de 1996, conceptuó que resultaba improcedente darle aplicación a la excepción de ilegalidad⁴⁹. La sección cuarta en sentencia del 13 de julio de 1997 reitera la jurisprudencia anterior.⁵⁰

El anterior pronunciamiento muestra con claridad las dificultades que presentó la aplicación de la excepción de ilegalidad, a mi parecer en el anterior

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Abril 14 de 1994. Rad 5218. M.P Jaime Abella Zárate.

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO. Concepto del 09 de Julio de 1996, rad 854.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. Expediente 7985 M.P Germán Ayala Mantilla.

pronunciamiento se confundió el alcance del control de legalidad por vía de excepción, pues se restringió su ejercicio a un proceso que deba surtirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no obstante, como se ha reiterado el control por vía de excepción no es incompatible con el control por vía de acción, ni tampoco es idéntico, la excepción de ilegalidad asimilada equivocadamente al ejercicio de la acción de nulidad resulta inútil, y por ello, en el aparte transcrito se resalta la improcedencia de la misma, es evidente que entonces que al equiparar la excepción a la acción esta primera pierde su sentido, lógica y termina por desnaturalizándose, convirtiéndose en un mecanismo inútil que no amerita consagrarse si quiera en el Derecho positivo. Sin embargo, lo que no se ha entendido es que la excepción de ilegalidad presta otros alcances y si se le interpretara como realmente corresponde sin confundirla con cualquier acción sería una herramienta de verdadero control en la administración. No obstante lo anterior, en Agosto del mismo año la sección quinta en auto del 15 de agosto de 1996 con ponencia del doctor Eduardo Jaramillo Mejía argumentó que la aplicación de la excepción de ilegalidad era en buena parte aplicación de la excepción de inconstitucionalidad porque el gobierno al exceder la ley reglamentaria violaba indiscutiblemente la facultad reglamentaria que le consagraba la Constitución, por lo tanto, afirmó que el reglamento obliga mientras no contradiga la ley, pero cuando el reglamento contradice la ley no obliga, entonces puede operar la excepción:

Al respecto señaló:

“Es cierto que se ha creado la jurisdicción para el control de legalidad, pero así como la jurisdicción contenciosa puede declarar una nulidad con efecto erga omnes, también y a fortiori, puede excepcionar cuando el reglamento es ilegal por vía particular. Recordemos como los romanos decían “qua temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum”. Además el artículo 12 de la ley 153 de 1887 aparece reiterado por el artículo 240 del código de régimen político y municipal (ley 4 de 1913) según el cual “El orden de preferencias de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será le siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden superior”⁵¹

2.2.8 Año de 1997. En 1997 con ponencia de la doctora MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF el Consejo de Estado admite la aplicación de la excepción de ilegalidad, en un litigio entre el Municipio de Facatativa y la Empresa de energía de Bogotá S.A E.S.P., el motivo de disenso se concretó en que el Alcalde del Municipio delegó en el Secretario de Hacienda el cobro coactivo de una obligación a cargo de la empresa de energía de Bogotá, sin que este último tuviera

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. sección quinta. auto del 15 de agosto de 1996. M.P Eduardo Jaramillo Mejía

competencia para ello pues según la ley dicha facultad es del Alcalde y sólo sería delegable en el tesorero del Municipio.

Según la sala la presunción de legalidad, haría obligatorio el cumplimiento de un acto administrativo, tanto para las autoridades, como para los particulares, hasta que el juez competente decidiera anularlo o suspenderlo provisionalmente (art. 66 C.C.A.); sin embargo, consideró como excepción al deber de cumplir los actos administrativos y con el fin de evitar graves perjuicios, la denominada excepción de ilegalidad, que permite a las autoridades encargadas de hacerlo, abstenerse de aplicar aquellos actos que, como en el sub - judice, contrarían normas de superior jerarquía a las que debieron someterse.⁵²

De esta manera en el precitado fallo Consejo de estado opta nuevamente por aplicar el mencionado control de legalidad por vía de excepción reiterando algunos pronunciamientos así:

En caso similar al que se estudia esta Sala dijo:

“.....

“Aun cuando la regla general en la jurisdicción contencioso administrativa, es que prevalezca la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, son varios los casos en que esta Corporación ha reconocido y aplicado la excepción de ilegalidad, fundamentándose para el efecto en los artículos 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 del C.R.P.M.

“En efecto, en relación con el tema en comento, esta Corporación expresó:

(...)

“Se trata de la posible aplicación de la excepción de ilegalidad que es en buena parte excepción de inconstitucionalidad pues el gobierno al exceder la ley reglamentada viola indiscutiblemente la facultad reglamentaria que le consagra el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

(...)

“Debe el Consejo pronunciarse sobre este aspecto de la pretensión y al respecto considera:

”1º La excepción de ilegalidad está consagrada en nuestro derecho positivo. Dice el artículo 12 de la ley 153 de 1887:

⁵² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección quinta, Mayo 08 de 1997. Rad: 0810 .M-.P Miren de la Lombana de Magyaroff.

“Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable.

“Es claro que el reglamento obliga mientras no contradiga la ley, y, a contrario sensu, cuando el reglamento contradice la ley no obliga, esto es, puede operar la excepción.

“Es cierto que se ha creado la jurisdicción contenciosa para el control de la legalidad, pero así como la jurisdicción contenciosa puede declarar una nulidad con efecto erga omnes, también y a fortiori, puede excepcionar cuando el reglamento es ilegal por la vía particular. Recordemos como los romanos decían “Qua temporalia sunt ad agenda, perpetua sunt ad excipiendum”. Y en romance se dice con razón “Quien puede la acción puede la excepción”.

“Además el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 aparece reiterado por el artículo 240 del código de régimen político y municipal (ley 4ª de 1913) según el cual: “El orden de preferencias de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden superior.

(...).

“2º El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha aceptado la aplicación de la excepción de ilegalidad:

“a) En sentencia de 29 de julio de 1960 dijo (Ponencia de Andrés Augusto Fernández):

“Como es lógico comprender, el doctor Delgado Morales, aunque no lo ha dicho y pedido en términos más concretos, lo que ha propuesto en la vía gubernativa para invalidar los actos acusados, es, no la “excepción de inconstitucionalidad” de que trata el art. 215 de la Carta, pero sí la “excepción de ilegalidad” que dentro de nuestro derecho positivo puede estimarse consagrada en el art. 240 del código de régimen político y municipal.

(...)

“b) En sentencia más reciente dice el Consejo de Estado:

(...)

“Sobre el particular la Sala considera que el art, 23 del Decreto 1902, en esta parte, se excedió y rebasó los límites de la potestad reglamentaria que la Constitución le asigna al Gobierno, pues hizo más gravosa la situación de los propietarios al exigirles un requisito no previsto en la ley, y de ahí que la Sala considere pertinente aplicar al caso de autos la

excepción de ilegalidad prevista en el art. 12 de la Ley 153 de 1887 según la cual:..... (Sección Cuarta, sentencia de 6 de diciembre de 1979, Pon. Dr. Enrique Low Murtra, exp. No. 6284, actor: Compañía Suramericana de Seguros S.A. y Filial de Seguros de Vida S.A).

“ Y más recientemente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se pronunció, respecto del mismo tema, en los siguientes términos:

(...)

“La presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción competente y su consecuente obligatoriedad, no es obstáculo para que el juez haga prevalecer las normas superiores sobre las inferiores que le sean contrarias, a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad o de ilegalidad (Sentencia de 26 de junio de 1991, Con. Pon. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, exp. No. S - 086, actor; Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena).

“El tratadista Libardo Rodríguez Rodríguez en su obra “Derecho Administrativo General y Colombiano”, séptima edición pags. 224 a 227, respalda las jurisprudencias transcritas, concluyendo en la procedencia de la excepción de ilegalidad, tanto a nivel jurisdiccional como administrativo”. (Sección Quinta, auto de 15 de agosto de 1996, Con. Pon. Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía, exp. No. 0595, actor: Municipio de Caloto c/Productora de Papeles S.A. PROPAL”).

2.2.9 Año de 1999. Aún en el año de 1999, la sección primera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA, consideró la inviabilidad de ejercer control de legalidad de un acto administrativo por vía de la excepción de ilegalidad, con base en el artículo 12 de la ley 153 de 1887, con el criterio de que esta disposición no se encuentra vigente, según jurisprudencia del Consejo de estado y porque tratándose de un acto particular y concreto, la única forma de impugnar y valorar su legalidad y suspender o hacer cesar definitivamente sus efectos jurídicos, es a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada por el artículo 85 del C.C A. Consideró el Consejo de Estado que admitir tal excepción, sería desconocer la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y desvertebrar el sistema de controles establecidos por la Constitución y la ley, convirtiendo las excepciones en regla general,

Sobre la derogatoria del artículo 12 de la ley 153 de 1887, cita la sentencia de la sección cuarta de esa Corporación, de 13 de Junio de 1997, expediente No 7985, reiterativa de lo resuelto el 14 de Abril de 1994, expediente 5218 y

sobre la improcedencia de la excepción de ilegalidad cita el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado bajo el número 854, con fecha 09 de Julio de 1996, así como la sentencia de 04 de Agosto de 1994, número 4939 sin indicar la sección que la originó.

En cuanto a la preservación del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares, cita las sentencias de 25 de mayo de 1995, expediente 4929, sin mencionar la sección correspondiente y de 10 de Marzo de 1994, de la sección tercera, ambas del Consejo de estado. Así como, la sentencia C-397 de 1997 proferida por la Corte Constitucional.

Así mismo, mediante sentencia de septiembre de 1999 anotó que la presunción de ilegalidad de los actos administrativos impide incluso al juez inaplicar disposiciones que gozan de este atributo, al respecto en el mencionado pronunciamiento el alto tribunal expresó:

“Considera el recurrente que el juez tiene la potestad de inaplicar en un caso particular las resoluciones números 1254 y 2273, las cuales sirvieron de fundamento a los actos acusados, basado en los artículos 12 de la Ley 153 de 1887 y 4, 228 y 230 de la Constitución Política. No comparte la Sala ese punto de vista porque esas resoluciones, como lo anota el tribunal a quo, gozan de la presunción de legalidad, la cual, además, constituye el fundamento para no aceptar en derecho administrativo colombiano la aplicación de la excepción de ilegalidad frente a los actos administrativos, que es en realidad la petición que hace el recurrente⁵³.

2.2.10 Año de 2000. A partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-037 de 2000 con ponencia del doctor Vladimiro Naranjo Meza, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha limitado a transcribir la sentencia del alto Tribunal Constitucional, sin mayores análisis se ha reiterado que la aplicación de la excepción de ilegalidad no puede ser de carácter general, ni la obligatoriedad de los actos administrativos puede dejarse por el constituyente al libre examen de los particulares y de las autoridades administrativas, razón por la que tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

El estudio detallado del fallo referido va a ser objeto de estudio en el capítulo que sigue, por ahora conviene continuar con el desarrollo jurisprudencial que a partir del mismo desplegó el Consejo de Estado.

⁵³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Septiembre 16 de 1999. Rad 5246. M.P. Manuel Urueta Ayola.

2.2.11 Año de 2001. Mediante sentencia del 14 de Junio de 2001, con ponencia del doctor GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO el Consejo de Estado reitera la sentencia C 037 de 2000 de la siguiente forma:

“Es preciso traer a colación apartes de la sentencia de inexequibilidad parcial del art. 12 de la ley 153 de 1887 y de Inexequibilidad del art. 240 de la ley 4 de 1913 de la Corte Constitucional, Exp. C-037 de 2000, C.P. Dr. Vladimiro Naranjo mesa, que justifican que en el presente caso se analice la excepción de ilegalidad planteada. Al efecto, dijo la Corte: “... De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser de decretada en los términos que indica el legislador...”. “...De todo lo anterior se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida...o aún puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub examine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos...”⁵⁴.

2.2.12 Año de 2002. En el mismo sentido, en el año 2002 la Sección primera del Consejo de Estado reitera la sentencia de la Corte Constitucional, en esta ocasión de la siguiente forma:

“Ciertamente, como lo señalan los actores la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 26 de enero de 2000, precisó que corresponde al juez contencioso administrativo inaplicar por ilegalidad, un acto administrativo. En efecto, sostuvo la Corte en la precitada sentencia: “...De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Primera, Junio 14 de 2001. Rad 25000-23-24-000-1993-2887-01(6356). M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser de decretada en los términos que indica el legislador....”. “....De todo lo anterior se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida....o aún puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub examine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos...”

2.2.13 Año de 2003. En el año 2003 la sala plena del Consejo de Estado al revisar un recurso de súplica establece claramente que la aplicación de la excepción de ilegalidad tiene lugar cuando en ejercicio de la potestad reglamentaria el presidente de la república desborda las facultades de la norma objeto de reglamentación, frente a una de las interpretaciones que el acto administrativo objeto de demanda pudiera tener afirma:

“En gracia de discusión, si el texto de la norma reglamentaria en referencia tuviese ese otro alcance, carecería de validez, por constituir un ejercicio desbordado de la competencia reglamentaria que la Constitución le otorga al Presidente de la República en el artículo 189 numeral 11 -la misma que preveía el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución de 1886-, situación bajo la cual se impone la aplicación de la excepción de ilegalidad de dicho acto, facultad ésta que respecto de los actos administrativos –como lo son los decretos reglamentarios-, la jurisprudencia constitucional reconoció a favor de la jurisdicción contencioso administrativa con ocasión de decidir la exequibilidad condicionada del artículo 12 de la ley 153 de 1887”⁵⁵.

Transcribiendo en seguida apartes de la sentencia C- 037 de 2000.

2.2.14 Año de 2004. En junio 24 de 2004 el Consejo de Estado estudia un asunto relacionado con la posibilidad de inaplicar los pliegos de condiciones de una

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Abril 08 de 2003, Radicación número: 11001-03-15-000-2002-0100-01(S-180). M. P. Germán Rodríguez Villamizar.

licitación que contraviene lo dispuesto en la ley 80 de 1993, en esta ocasión, el fallo reitera lo expresado por la Corte Constitucional respecto de la imposibilidad de que sea la autoridad administrativa la que aplique la excepción de ilegalidad, facultad que como en el fallo de Constitucionalidad se precisa corresponde exclusivamente al Juez de lo contencioso Administrativo.

Para la sala, el juez administrativo si puede inaplicar el pliego de condiciones cuando encuentre que uno de sus preceptos viola la ley y es el sustento legal de cualquiera de las decisiones que tome la entidad contratante durante la actividad contractual y en él se fundamente el vicio de nulidad de aquéllas.

Respecto a la excepción de ilegalidad en esta oportunidad expresó:

“La mal llamada excepción de ilegalidad se fundamenta en “la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales se derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no la contemple expresamente ... resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos, que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de ilegalidad, resulta acorde con la Constitución”.⁵⁶ Dicha facultad está reservada a la jurisdicción contenciosa administrativa, tal como fue reconocido por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“... no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución”⁵⁷

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-037 de enero 26 de 2000.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Septiembre 02 de 2004. Rad: 08001-23-31-000-2003-0816-01(3371). M.P Filemon Jimenez Ochoa

Agregó el mencionado fallo que los motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de la posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos.

Para la Sala, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común, afirmación ya hecha en la sentencia C- 037 de 2000.

Resume bien lo querido por la Corte Constitucional cuando reitera que dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

De esta manera concluye la Sala que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub exámine* tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

Paradójicamente, y posterior al mencionado pronunciamiento, mediante sentencia de septiembre 02 de 2004, la sección quinta del Consejo de Estado resuelve no aplicar la excepción de ilegalidad por considerar que se encontraba derogada tácitamente, en este asunto, es claro que el Consejo de Estado efectúa una interpretación errada y una lectura incompleta de la sentencia de Constitucionalidad 037 de 2000, pues su fundamento precisamente es éste pronunciamiento pese a que en ningún aparte del mismo puede leerse que la disposición del artículo 12 de la ley 153 de 1887 se encuentra derogado tácitamente.

En el mentado fallo puede leerse:

“Debe advertirse al respecto que, como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, el artículo 12 de la Ley 153 de 1987 que consagraba la excepción de ilegalidad que permitía la inobservancia de los actos administrativos contrarios a la ley o un reglamento superior, fue derogado tácitamente desde que se creó la jurisdicción contencioso administrativa para ejercer el control de legalidad de las actuaciones administrativas, con la posibilidad de que sean suspendidos provisionalmente los actos administrativos manifiestamente ilegales, de donde resulta que en tanto no se encuentren anulados o suspendidos, dichos actos deben ser observados y aplicados, vale decir, obedecidos tanto por la Administración como por los particulares.

De manera que el Tribunal no debió entrar a juzgar la validez del acto de elección de la Mesa Directiva desconocida por la que aquí se acusa, para con base en ello declarar la legalidad de la efectuada el 28 de febrero de 2003, para así negar las peticiones de la demanda. Por lo tanto corresponde revocar esa decisión contenida en el punto segundo de sentencia recurrida”⁵⁸.

El anterior aparte lleva nota de relatoría en el que se resalta que el texto corresponde a lo expresado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en sentencias del 14 de abril de 1994, Exp. 5218, Sección Cuarta del Consejo de Estado y C-037 del 26 de enero de 2000 de la Corte Constitucional.

Quizás no resulte muy acertado hacer mención a este pronunciamiento tan errado, sobre todo porque cita el fallo de la Corte y le otorga una interpretación absolutamente contraria a la que debe dársele, no obstante, consideré pertinente hacerlo para mostrar que pese a lo manifestado por la Corte Constitucional en el año 2000, aún en el año 2004 existen disidentes frente al ejercicio de este control por vía de excepción en el Derecho Colombiano.

2.2.15 Año de 2008. Se continúa con la línea en el 2008 reiterando el pronunciamiento de la Corte Constitucional, así, mediante sentencia de 27 de Marzo de 2008 con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez el Consejo de Estado expone:

“La excepción de ilegalidad, a pesar de no ser una figura contemplada en la Carta Política, ha tenido desarrollo a nivel doctrinal y jurisprudencial, y consiste en la inaplicación de una disposición por ser contraria a la norma de la cual deriva su validez, en aras de propender por la armonía normativa

⁵⁸CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. : 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235). Junio 24 2004. M .P Ricardo Hoyos Duque.

*y el respeto de la jerarquía imperante en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, su aplicación no es general, pues está reservada a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por ser esta la jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa, pues de lo contrario se afectaría la seguridad y efectividad del orden jurídico*⁵⁹.

En este pronunciamiento y a propósito de la Excepción de ilegalidad, reiteró lo expresado por el Consejo de Estado, a través de la Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente, Dr. JAIME MORENO GARCIA, en sentencia de 23 de agosto de 2007, Exp.2934-05, Actor: Alfredo Ostos Gil, expresó:

"(...) Sobre la aplicación de ésta figura recuerda la Sala que el juez administrativo está autorizado para aplicarla, aún oficiosamente, en relación con los actos administrativos particulares que infrinjan la ley, (...)"

(...) Es cierto que la aplicabilidad de ésta excepción resulta en algún modo difícil, entre otras cosas, porque la acción de ilegalidad no tiene término de prescripción ni de caducidad, lo que daría lugar a que en cualquier momento pueda buscarse una tesis judicial en torno a la legalidad de un acto. (...)"

2.2.16 Año 2009. Finalmente, en el año 2009 se tiene la sentencia de la Doctora Myriam Guerrero Escobar en la que nuevamente se puede leer el criterio restrictivo frente a la excepción de ilegalidad en el siguiente tenor:

"Al amparo del principio de presunción de legalidad, los actos se consideran ajustados al ordenamiento jurídico y deben ser obedecidos tanto por las autoridades como por los particulares desde el momento mismo de su entrada en vigencia y hasta tanto sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según lo normado por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, pero este principio no es absoluto, puesto que la presunción de legalidad de los actos administrativos es "juris tantum" y, por tanto, puede ser desvirtuada no solo a través de la acción de nulidad que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, sino de oficio por el juez. En efecto, en un Estado de derecho el juez que conoce de un proceso, no puede permanecer indiferente frente a la evidencia de la lesión del ordenamiento jurídico, bajo la égida de la presunción de legalidad de los actos administrativos, puesto que para ello la ley ha previsto el mecanismo de la excepción de ilegalidad o vía de excepción que permite al operador jurídico abstenerse de aplicar una norma por considerarla

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. 27 de Marzo de 2008. M P Bertha Lucía Rmírez.

violatoria del ordenamiento superior, así no haya sido demandada ni declarada su nulidad y de esta manera impedir que el acto viciado de ilegalidad produzca efectos jurídicos en el caso concreto. El fundamento constitucional de esta medida se encuentra previsto en el artículo 4º de la Carta Suprema a cuyo tenor: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, con lo cual se consagra, de una parte, la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico y de otra, se establece expresamente que aquellas normas que contraríen la Constitución no serán aplicadas. Así mismo el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, al señalar que “Las órdenes y demás actos ejecutivos de gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes...” está consagrando la excepción de ilegalidad cuya aplicación opera en las diferentes escalas de nuestro ordenamiento jurídico. Con base en estas normas es posible legalmente aplicar la excepción de ilegalidad en relación con los actos expedidos por autoridades del orden municipal, como lo son aquellos emitidos por los Gerentes de los establecimientos públicos de este nivel. Lo anterior encuentra apoyo no solo en las disposiciones de carácter constitucional y legal antes indicadas, sino también en los lineamientos de orden jurisprudencial concebidos por la Corte Constitucional, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 140 de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, por violación del artículo 238 superior. En dicha oportunidad la Corte precisó diversos aspectos que conviene ahora traer a colación para ilustrar el tema examinado, los cuales hacen referencia a la jerarquía de las normas que integran el ordenamiento jurídico y con fundamento en dicha jerarquía, la necesidad de inaplicar las disposiciones que sean contrarias a aquellas de las cuales derivan su validez, así no exista expresa consagración constitucional de la llamada excepción de ilegalidad. También dispuso la Corte, en la citada providencia, que la aplicación de la excepción de ilegalidad está reservada para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que las autoridades administrativas puedan hacer uso de dicha medida excepcional⁶⁰.

Con el anterior fundamento, la Sala inaplica la Resolución No. 0723 de 10 de marzo de 1993, expedida por la Gerencia General de EMSIRVA, en la parte pertinente a la expresión “(...) y la adjudicación se hará por la Junta Directiva de “EMSIRVA” (...)” contenida en el ordinal I), numeral 5º del artículo primero, en la

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Enero 29 de 2009. Rad: 76001-23-31-000-1993-19379 01(13206). M .P Myriam Guerrero Escobar.

cual se fundó la competencia de la Junta Directiva para la expedición del acto de adjudicación acusado, por resultar contraria a lo ordenado por el artículo 275 del Código Fiscal del Municipio Santiago de Cali, al artículo 17 del Acuerdo 113 de 21 de abril de 1987 y, por ende, al artículo 315 de la Constitución Política.

Como puede notarse de la lectura a los diferentes fallos expuestos en este trabajo, resulta evidente que a partir de la sentencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado unificó su criterio respecto de la aplicación de la excepción de ilegalidad en el ejercicio de la función administrativa, restringiendo su ejercicio a un proceso iniciado mediante la acción de nulidad o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, en este punto no es claro si la posición de la más alta autoridad de lo contencioso administrativo se ha sentado en este sentido por acatar un fallo que hace tránsito a cosa juzgada Constitucional y que se erige en un antecedente de obligatorio cumplimiento para todos los jueces, por provenir precisamente de la Corte Constitucional, o realmente se comparte dicho criterio y por ende los argumentos jurídicos que le sirven de fundamento.

Desde mi punto de vista, sería más admisible considerar que el Consejo de Estado respeta y acata el fallo de la Corte, mas no lo comparte, pues no considero que los argumentos que llevaron a adoptar tal decisión sean convincentes, por el contrario, el fallo es producto de una argumentación bastante débil susceptible de grandes contradicciones, en la que no sólo se desnaturaliza el control por vía de excepción, además se legisla.

Finalmente, y para concluir con la descripción de la figura de la excepción de ilegalidad se hará un esbozo general de lo que ella representa en otros contextos del derecho, vale decir, desde otras perspectivas:

2.3 APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD EN OTROS CONTEXTOS

Así como en Colombia se inaplican normas de inferior categoría a la ley por ir en contra de ésta, en otros países también se utiliza esta figura como control de legalidad de los actos administrativos. A continuación se hará un análisis sobre el tema:

2.3.1 Venezuela. Para el caso de este país existe una disposición expresa que permite la aplicación de la excepción de ilegalidad respecto de actos administrativos, ella se encuentra consagrada en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia Venezolana al siguiente tenor:

“Artículo 134. Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrá intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquélla no se efectuare. Sin embargo, aún en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podría oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales”

Tal como se encuentra redactado el texto normativo podría deducirse que cualquier autoridad podría aplicar la excepción de ilegalidad y que ella es admisible tanto para actos de carácter general como para los de carácter particular, no obstante, la jurisprudencia Venezolana ha limitado la aplicación de esta disposición, tal como ocurre en Colombia.

Así pude leerse de un fallo dictado en el 2008 por la Sala de Despacho del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, en Barquisimeto el 01 de Abril de 2008:

“En lo relativo a la Excepción de ilegalidad prevista en el artículo 21 aparte 17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia la cual fue alegada por el querellante en la audiencia definitiva, este juzgador considera que según sentencia del expediente N° 0243 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con Ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, de fecha 12 de agosto de 2005, se estableció que la misma procede sólo en el marco de un procedimiento judicial de ejecución de actuaciones administrativas firmes, en los siguientes términos: “(...)No obstante, la jurisprudencia ha limitado esa posibilidad de excepcionarse, sólo en el marco de un procedimiento judicial de ejecución de actuaciones administrativas firmes; en efecto, dispuso la Sala en sentencia N° 01802, de fecha 19 de noviembre de 2003 (caso: Mauro Ortiz Buitriago), lo siguiente:

“En efecto, la última parte del primer párrafo artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece la posibilidad de oponer como excepción la ilegalidad del acto que ha quedado definitivamente firme en sede administrativa, en los siguientes términos:

“Artículo 134.- Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrá intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquélla no se efectuare. Sin embargo, aún en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales...”
(Negrillas de la Sala)

A este respecto ha señalado tanto la doctrina como la jurisprudencia, tal y como se desprende de la norma arriba transcrita, que la figura de la excepción de ilegalidad no constituye una acción autónoma, sino que la misma procede cuando un acto administrativo de efectos particulares ha quedado definitivamente firme en sede administrativa y luego se pretende su ejecución por vía judicial; es decir, es una oposición que se interpone en un proceso ya incoado, como una defensa frente a la ejecución judicial de actuaciones administrativas firmes.

Más aún, incluso esta Sala en su desarrollo jurisprudencial sobre el tema ha venido restringiendo cada vez más esta figura excepcional, estableciendo no sólo la imposibilidad de alegarla por vía principal, sino además, estableciendo que esta excepción sólo puede ser opuesta por vía incidental dentro del marco de recursos contencioso-administrativos de nulidad de actos de efectos particulares. (Vid Sentencia de la SPA del 11 de junio de 1998).

En este sentido, también en Venezuela la excepción de ilegalidad puede aplicarse sólo dentro de un proceso judicial por ser competencia exclusiva del juez declararla.

2.3.2 Chile. En este país se considera que siempre es posible desconocer por parte de un juez el acto administrativo nulo, aplicando la norma de rango superior, es decir, que en cualquier proceso en el que se alegue la nulidad de un acto administrativo resulta perentorio que el juez que conoce el asunto aplique la excepción de ilegalidad y en este sentido, prefiera aplicar la ley como norma de rango superior. En Chile la inaplicación de los actos administrativos opera tanto para los de carácter general como para los particulares o concretos.

2.3.3 Costa Rica. El control de legalidad de las disposiciones con rango inferior a la ley se hace por dos vías. por acción y por excepción, cuando se hace por acción el conocimiento es atribuido a la jurisdicción contenciosa administrativa, pero cuando se hace por excepción, la competencia radica en cualquier órgano jurisdiccional (Art 8 de la ley orgánica del poder judicial), es decir, que cualquier juez puede inaplicar una disposición de rango inferior a la ley por infringir otra de rango superior, así se trate de una ley o un reglamento y desde luego la Constitución. En Colombia de acuerdo al último pronunciamiento de la Corte Constitucional la excepción de ilegalidad sólo puede aplicarse por el juez de lo contencioso administrativo.

2.3.4 Comunidad Andina. La comunidad Andina de Naciones considera que la excepción de ilegalidad no es aplicable contra las normas que expide, por

considerar que éstas gozan de presunción de legalidad y por lo tanto deben ser aplicada mientras no sean anuladas o suspendidas provisionalmente.

Es por lo anterior, que en diversas oportunidades ha dictaminado incumplimiento flagrante contra algunos países miembros por inaplicar normas de la comunidad andina que se encuentran vigentes, en el año

Es así como en el año de 2001 mediante resolución 544 dictamen 11 2001 declaró que Colombia había incumplido el Capítulo V sobre el programa de liberación y el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, los artículos 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de justicia, las Resoluciones 495 y 515 de la secretaria general, los artículos 15, 57, y parte final del literal e) del artículo 61 de la decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de relaciones exteriores, al aplicar unilateralmente medidas correctivas a las importaciones de alcohol extraneuro originarias de los países miembros.

Mediante resolución 495 de marzo de 2001, la secretaria general de la comunidad andina denegó la solicitud del Gobierno de Colombia para la aplicación de medidas correctivas a las importaciones de alcohol extraneuro, clasificado en la subpartida NANDINA 2207.10.00, originarias de los países miembros; y en tal sentido, ordenó suspender inmediatamente la aplicación de dichas medidas; mediante la Resolución 495 y declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por el Gobierno de Colombia. Como el Gobierno de Colombia no acató las referidas resoluciones, la secretaria general emitió la nota de observaciones No SG F/1.8.1/ 1488 / 2001, mediante la cual señaló que el Gobierno de Colombia habría incurrido en el incumplimiento flagrante antes señalado.

Como contestación a las observaciones la República de Colombia argumentó que el aumento significativo de las importaciones de alcohol extraneuro originario de la Comunidad Andina y las condiciones de precios de las mismas causaron perturbación en la producción nacional de ese producto específico, provocando una caída en el precio promedial real, junto con un importante incremento en los inventarios del producto durante 1999, razón por la cual aplica la excepción de ilegalidad frente a las resoluciones 425 y 515, y que como no está vulnerando norma válida alguna del ordenamiento jurídico andino, no estaría adoptando medida alguna que sea contraria al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Ante lo anterior, el Secretario General consideró que como las resoluciones inaplicadas hacen parte de la normatividad de la Comunidad Andina, la República de Colombia debe adoptar las medidas que sean necesarias para seguir su cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal y como dichos actos administrativos comunitarios se encuentran amparados por las presunciones de legalidad y ejecutoriedad, según lo ha reconocido la jurisprudencia andina, entre otras, en sentencia de fecha 13 de

octubre del año 2000 (caso: Secretaria General / Ecuador,, por restricciones a la importación de azúcar), no procedía la excepción de ilegalidad y el Gobierno de Colombia no tenía derecho a inaplicar las resoluciones 495 y 515, hasta tanto el Tribunal Andino decidiera sobre la Acción de Nulidad que pesa contra ellas.

Al referirse a la excepción de ilegalidad, el Tribunal Andino en sentencia de fecha 16 de octubre de 1997 (acción de incumplimiento 4 -AI-96, República de Venezuela / República de Colombia) expresó: *“Para este Tribunal es característica inherente al proceso de nulidad la de que éste es un procedimiento específico y particular que debe estar sujeto a las reglas propias del juicio respectivo, señaladas en la ley comunitaria, artículo 17 a 22 del Tratado del Tribunal. No podría aceptarse dentro de un juicio distinto del de nulidad la posibilidad de admitir excepciones no contempladas en el procedimiento comunitario como serían las de inconstitucionalidad o ilegalidad o inaplicabilidad”*.

En la misma línea jurisprudencial, desde la sentencia del 24 de marzo de 1997, (Secretaria General / República de Venezuela; acción de incumplimiento 3-AI-96; restricciones a la importación de café tostado en grano procedente de Colombia), se ha dejado sentado que *“no reconoce la doctrina ni la jurisprudencia posibilidad de que en la acción autónoma de incumplimiento pueda decretarse la nulidad por vicios de ilegalidad, en las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, ya que éstas pueden ser objeto de un recurso distinto contemplado en los artículo 17 a 22 del Tratado del tribunal. Mal podría admitirse que los incumplimientos de las obligaciones del Tratado estuvieran justificados sobre la base de probables irregularidades en la actuación de los órganos administrativos del Acuerdo, sin que antes se desvirtuara por la vía de la acción de nulidad la presunción de legalidad de los actos de la administración comunitaria...”*

Más recientemente en sentencia de fecha 13 de octubre de 2000 (acción de incumplimiento 13-AI-2000; Secretaría General / República del Ecuador caso: restricciones en la importación de azúcar), el Tribunal consideró:

“Como consecuencia del principio de aplicación inmediata y directa de los actos y normas que conforman el ordenamiento jurídico de la comunidad andina, los países Miembros se encuentran obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar su cumplimiento a partir de su aprobación por el Consejo de Ministros de relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina, en el caso de las Decisiones, y a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, cuando se trate de Resoluciones expedidas por la Secretaria General”... “Las Resoluciones ...constituyen actos decisorios que crean en el país Miembro destinatario una obligación de cumplimiento inmediato, independientemente de que su validez pueda ser cuestionada por la vía de la acción de nulidad. Por ello, la interposición del recurso administrativo comunitario de consideración, así como el judicial de anulación, en principio, no afecta su ejecución, eficacia o vigencia, conforma lo establecen los artículos 21 del Tratado

de Creación del Tribunal y 31 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General (Decisión 425). Excepcionalmente, la Secretaría General y el Tribunal disponen de la facultad de suspender provisionalmente los efectos del acto impugnado mientras se tramitan el recurso de reconsideración, y la acción de nulidad respectivamente. Pero salvo que se produzca dicha orden de suspensión provisional, subsiste el obligatorio cumplimiento de las Resoluciones de la secretaría General hasta tanto se produzca un pronunciamiento en firme que revoque o anule el acto viciado de ilegalidad”.

Por todo lo anterior, resulta improcedente para la Comunidad Andina que en un procedimiento por incumplimiento se alegue la excepción de ilegalidad o que se pretenda inaplicar una norma comunitaria hasta que se resuelva una eventual acción de nulidad, salvo que el Tribunal o la Secretaría General ordenen la suspensión provisional de la Resolución impugnada.

Finalmente, el Secretario General resolvió dictaminar que el Gobierno de Colombia, al continuar aplicando unilateralmente medidas correctivas a las importaciones de alcohol extraneuro, clasificado en la subpartida NANDINA 2207.10.00, originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina, incurrió en incumplimiento flagrante de las obligaciones derivadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico Comunitario, en particular de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del capítulo V y artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, y de las Resoluciones 495 y 515 de la Secretaria General.

2.3.5 Comunidad Europea. La Comunidad Europea si consagra la interposición de recursos por excepción de ilegalidad. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, aplica la excepción de ilegalidad como un control indirecto de la validez del Derecho derivado o actos administrativos. El artículo 241 del tratado de la Comunidad Europea conceptúa la excepción de ilegalidad como un “procedimiento incidental para permitir el control indirecto de la validez de un acto de alcance general en el marco de un litigio principal en el que se impugna una medida comunitaria de aplicación de dicho acto de alcance general”, este incidente lo pueden interponer cualquiera de las partes principales en un proceso pendiente ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), sin embargo la jurisprudencia del TJCE es ambigua respecto de la legitimación de los Estados Miembros y de las instituciones comunitarias, no en cambio, respecto de los particulares.

El artículo 241 del Tratado de la Comunidad Europea sólo se refiere a los reglamentos como objeto de inaplicación por excepción; sine mbargo, el TJCE ha admitido esta vía para cuestionar la legalidad de cualquier acto de carácter

general capaz de generar medidas Comunitarias de aplicación y que constituya la base jurídica de la decisión acatada. El mismo artículo no prevé límite temporal alguno para su invocación, siempre que el recurso contra el acto de aplicación se haya entablado en plazo. Si la excepción de ilegalidad prospera el TJCE anulará el acto impugnado en el recurso principal, pero no el acto de alcance general frente al que se interpone la excepción de ilegalidad, no obstante, la institución del a que emanó el acto general deberá depurar el ordenamiento jurídico Comunitario de la ilegalidad declarada, lo que no ocurre en Colombia, pues el acto inaplicado no sale del mundo jurídico. La declaración de inaplicabilidad produce efectos de cosa juzgada entre las partes en el litigio.

Para observar la invocación de la excepción de ilegalidad procederé a comentar un caso en el cual si bien es cierto no se concedió la aplicación de la excepción, denota que dicha figura jurídica es utilizada en el Tribunal de Justicia de la Comunidad.

El caso se refiere a la sentencia del Tribunal de primera instancia de 12 de Julio de 2001, en el asunto T-120/99, en el que la demandante, quien ejerce como abogada y agente de marca en los Países Bajos, en una empresa especializada en el ámbito de la propiedad industrial, presentó una solicitud de marca denominativa comunitaria a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos).

El régimen lingüístico de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) prevé que las solicitudes se presenten en una de las lenguas oficiales de la Comunidad, y si esto no es así, el solicitante deberá indicar una segunda lengua, que será una lengua de la Oficina (español, alemán, inglés, francés e italiano) de la que acepta el uso como posible lengua de procedimiento.

La solicitud se hizo en neerlandés y la demandante indicó el neerlandés como segunda lengua. En consecuencia el examinador desestimó su solicitud del registro, al comprobar que la lengua indicada como segunda lengua no era una de las lenguas de la Oficina.

La demandante interpuso un recurso contra esta Resolución. Este recurso fue atribuido a la Sala de recursos de la Oficina y fue desestimado porque la accionante había indicado como segunda lengua la misma utilizada para la presentación de la solicitud de registro.

La Sala de Recursos indicó que debía forzosamente aplicar el reglamento aún en el caso de que considerase que tal reglamento es incompatible con el Derecho Comunitario Primario, así las cosas, la demandante impugna ante el Tribunal de Primera Instancia, planteando una excepción de ilegalidad, al Régimen Lingüístico instaurado por el Consejo para la Oficina de Armonización del Mercado Interior. El recurso está basado en único medio, derivado de la infracción del principio de no

discriminación basado en el principio de igualdad, también aplicado en Colombia, que figura en el artículo 6° del Tratado de la Comunidad Europea, (actual artículo 12 del Tratado de la comunidad Europea tras haber sido modificado). En efecto, la demandante considera que se encuentra en una posición de desventaja competitiva en relación con los agentes de marcas de aquellos Estados cuya lengua es una de las de la Oficina, pues ella debería en este caso contratar traductores, mientras que los agentes de marcas establecidos en dichos Estados pueden llevar a cabo el procedimiento ante la Oficina en su Lengua materna.

El Tribunal de primera instancia analizó estos aspectos del régimen lingüístico y observó que los procedimientos para los que fue instaurado tal régimen presuponen la intervención de una contraparte cuya lengua nacional no se puede conocer con antelación u que además, siempre se utiliza la lengua del solicitante para todos los actos de carácter resolutorio y, si hay acuerdo entre las dos partes, puede utilizarse para todo el procedimiento. Por lo tanto, procedió a considerar que *“Al perseguir el objetivo de determinar cual será la lengua de procedimiento, a falta de acuerdo entre partes que prefieran lenguas distintas, el Consejo si bien dio un tratamiento diferenciado a las lenguas oficiales de la Comunidad, adoptó una decisión apropiada y proporcionada”*.

Por último, al limitar dicha elección a las lenguas cuyo conocimiento está más extendido en la Comunidad Europea y evitar de este modo que la lengua de procedimiento sea particularmente distinta en relación con el conocimiento lingüístico de la otra parte del procedimiento, el Consejo se mantuvo dentro de los límites de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (Sentencias del Tribunal del Justicia de 15 de Mayo de 1986), Asunto 222/84 (Jhonson), Rec. p. 1651, apartado 38, y de 11 de Enero de 2000, Kreil, Asunto C- 285/98, Rec. p. I-69, apartado 23), por lo tanto, no se aplicó por ilegalidad el régimen lingüístico de la Oficina de Armonización del Mercado Interior y como resultado de lo anterior, se desestimó el recurso.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-037 DE 2000
PERSPECTIVA PERSONAL: LA UTILIDAD Y PROCEDENCIA DE LA
APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA
FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

A continuación se procederá a analizar a profundidad cada uno de los argumentos que fundamentaron la decisión contenida en la sentencia C- 037 de 2000:

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Ramón Esteban Laborde Rubio solicita a la Corte Constitucional declarar inexecutable el artículo 240 de la ley 4 de 1913, mismo que según el actor constituye una unidad normativa con el artículo 12 de la ley 153 de 1887.

El texto de las normas acusadas es el siguiente:

"Ley 4a de 1913

Sobre Régimen Político y Municipal

TITULO VIII

ADMINISTRACION PUBLICA

CAPITULO I

DISPOSICIONES PRELIMINARES

(...)

"Artículo 240. *El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior.*

"El orden de preferencia en disposiciones contradictorias en asuntos departamentales será el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del gobernador y las órdenes de los superiores.

"En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del alcalde y las órdenes de los superiores.

"Cuando la ley autorice al gobierno o a algún empleado del orden político para reglamentar un asunto departamental o municipal; cuando la ordenanza autorice al gobernador o a algún otro empleado político para reglamentar un asunto municipal, el orden de prelación de los respectivos reglamentos irá a continuación de la ley u ordenanza en virtud de la cual se expidieron.

"Si el conflicto es entre leyes y ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere la de mayor categoría."

Ley 153 de 1887

"Artículo 12. *Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a la leyes ni a la doctrina legal más probable."*

Como fundamento de la demanda el actor señala el artículo 238 de la Constitución Nacional, en el que se establece que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial.

Considera, que las normas acusadas permiten a los funcionarios de la rama ejecutiva inaplicar un acto administrativo, lo cual a su entender es una intromisión de ese funcionario en la órbita del órgano jurisdiccional competente para pronunciarse al respecto.

En las consideraciones de la Corte Constitucional, se pueden distinguir varios argumentos, los cuales serán objeto de análisis a continuación:

En primera instancia, el alto Tribunal descarta la posibilidad de que el artículo 12 de la ley 153 de 1887 se encuentre derogado tácitamente por el Código Contencioso Administrativo, tal apreciación surge al momento de estudiar la vista Fiscal, quien parte de esa consideración al momento de intervenir en el estudio de las normas acusadas.

Señala la Corte la discusión a nivel de doctrina y jurisprudencia frente al punto, advirtiendo que existe un sector que considera que esta norma se encuentra derogada, sin embargo, otro sector incluido el Consejo de Estado dan plena viabilidad a este control de legalidad en sus sentencias, incluso en los pronunciamientos efectuados aún con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Contencioso Administrativo.

En el presente trabajo se comparte la constitucionalidad del artículo 12 de la ley 153 de 1887, por obvias razones, y los fundamentos que le dieron lugar a tal declaración coinciden con los esbozados en el primer capítulo, sin embargo, se disiente del alcance que se le da a esta disposición en comento al declarar su exequibilidad condicionada.

Resalta la Corte Constitucional la existencia de una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución, pero más allá de la supremacía Constitucional, de la propia Carta también se deduce, según la Corte, que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente a la resto del ordenamiento jurídico, razón por la que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella.

Incluso, la Corporación admite la posibilidad de que entre la amplia gama de actos administrativos de contenido normativo, podría deducirse una relación de supremacía, de conformidad al criterio orgánico, por la jerarquía de los órganos que las profieren, ésta sí señalada por la Constitución, o una de acuerdo al criterio material, pues aunque evidentemente existe la jerarquía normativa que se desprende de la Constitución, ella no ha sido señalada en su totalidad por el Constituyente.

En el fallo también se puede notar, como la Corte Constitucional prevé que en Colombia exista un orden jurídico como sistema jerárquico, de tal manera, que la unidad del ordenamiento jurídico, su coherencia y armonía, son esenciales en el mismo. Establece que precisamente la jerarquía normativa permite que una norma de orden superior sea la fuente de validez de las normas que le siguen en dicha escala jerárquica, de forma tal que, todas las normas de inferior jerarquía resulten acordes con las superiores, en eso, según la Corte, consiste un sistema.

Frente a ésta última posición conviene detenerse a fin de determinar la coherencia que reviste tal argumento con la decisión final del fallo. Pues bien, si es cierto que lo buscado en el ordenamiento jurídico es precisamente conseguir su coherencia interna a partir de la jerarquización y armonización de las normas, lo lógico sería emplear mecanismos que además de consistir en formas tradicionales de control de legalidad, constituyan verdaderas herramientas prácticas para corregir las antinomias que el sistema presenta, y de esta manera, conseguir la tan anhelada coherencia del ordenamiento jurídico que predica la Corte.

Dichos mecanismos deben acercarse cada vez más a la eficacia y celeridad que se exige en la función pública, pues de nada sirve fijar normativamente herramientas de control, cuando a la postre, estas resultan ineficaces e inútiles para el objetivo buscado. ¿Como puede esperarse que la excepción de ilegalidad

sea un verdadero mecanismo de control de legalidad si su ejercicio se somete a las demoras de un proceso judicial en Colombia?, estaríamos hablando de cerca de 5 o 6 años para definir si un acto administrativo se encuentra o no ajustado a la norma superior, situación que quizás le genere a la Administración grandes inconvenientes, pues dicho acto administrativo puede consistir en otorgamiento de derechos a particulares que a la luz de la ley no deberían estar beneficiados por el mismo, y que resultaron adquiriéndolos por el error de un funcionario que desconocía la ley. Si la fuente de validez de un norma es precisamente la norma superior, ¿Cómo podría evaluarse esta condición en un acto administrativo evidentemente ilegal?.

Si como lo dice la Corte Constitucional, es del principio de jerarquía del que se desprende la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa; ¿Porque no dar facultades a la administración para realizar esta tarea? De la Constitución y la ley se derivan varias facultades confiadas a la propia administración, y cada vez más se buscan políticas de descongestión para los despachos judiciales, ¿Cual es la razón de fondo que fundamente la restricción de aplicar la excepción de ilegalidad por parte de la administración?, ¿Por qué someter un asunto a las largas de un proceso judicial cuando perfectamente puede ser resuelto en sede administrativa?, ¿Quizás la razón sea la desconfianza en la administración y el capricho de los jueces?:

En uno de los apartes de la sentencia en estudio se plasma de manera romántica el papel de los jueces en el Estado Social de Derecho, mismos que según pronunciamientos que se reiteran en el fallo están dotados de una excelente capacidad de control y defensa Institucional, ¿será esta la razón por la que la excepción de ilegalidad sólo puede ser confiada a los jueces?, entonces, ¿Como es que a la administración se le permite en la actualidad ejercer muchas de las funciones que deberían corresponder al juez , justamente por garantizar eficacia y celeridad en los procesos que lo merecen, a criterio del legislador? A mi parecer, el legislador tiende cada vez mas a impulsar que las controversias se resuelvan extrajudicialmente, ejemplo de ello es la posibilidad de implementar al interior de las entidades públicas la jurisdicción coactiva como una medida para adelantar la exigencia de obligaciones que bien podrían llevarse en los despachos judiciales.

Es así que contrariando las políticas de descongestión, que al parecer se incrementan en Colombia dada la ineficiencia de los despachos judiciales, la Corte Constitucional considera que la excepción de ilegalidad no puede tener aplicación general, pues la obligatoriedad de los actos administrativos normativos no ha sido dejada al libre examen de las autoridades y los particulares por parte del Constituyente. Tal facultad de inaplicar los actos administrativos, según el alto Tribunal, se reserva a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La anterior conclusión se fundamenta básicamente en tres argumentos:

3.1 PRIMER ARGUMENTO

La imposibilidad de efectuar una interpretación analógica del artículo 4º de la Constitución Política que consagra la excepción de inconstitucionalidad, misma que según criterio uniforme de la jurisprudencia no está reservada únicamente a los jueces, sino que también se hace extensiva para las autoridades administrativas, no sólo como una facultad, sino como un deber, cuando quiera que haya una clara incompatibilidad entre la Constitución y una norma de inferior jerarquía, prefiriéndose siempre la primera

Las razones que dan a lugar a tal afirmación son las siguientes:

Tratándose de una excepción al principio de aplicabilidad y obligatoriedad de normas jurídicas, la misma debe ser de interpretación restringida. Según la Corte la interpretación analógica no opera cuando se trata de extender la excepción a una regla general, pues lo que se debe aplicar, en ese caso, es la regla general y no la excepción, que en el presente asunto sería la obligatoriedad de las normas jurídicas y no la posibilidad de inaplicarlas.

Además, afirma la alta Corporación que la interpretación analógica de la posibilidad de inaplicar las normas manifiestamente contrarias a la Constitución, para referirlo a todo tipo de disposiciones contrarias a otras jerárquicamente superiores, no consulta realmente la razón de ser de la aplicación analógica de las normas, pues la finalidad de consagrar la excepción de inconstitucionalidad es preservar el orden superior, razones que no siempre están presentes en los casos de simple disconformidad entre una norma inferior y otra superior.

3.2 PERSPECTIVA PERSONAL

La analogía según la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía encuentra su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual

Pretende la Corte Constitucional justificar las razones por las cuales la excepción de ilegalidad no puede aplicarse de la misma manera que la excepción de inconstitucionalidad, en que no es viable la aplicación analógica de ésta última, sin embargo, ni siquiera eso resulta necesario en este caso.

Se equivoca el Alto Tribunal al afirmar que lo buscado por quienes disintieron de su posición, es la aplicación analógica de la excepción de inconstitucionalidad, pues lo único pretendido es la aplicación de la excepción de ilegalidad de la forma

como fue concebida por el legislador, así, no es necesario acudir a métodos interpretativos de la norma, en éste caso, la exégesis resulta suficiente para concluir que donde el legislador no distingue no le está dado hacerlo al intérprete.

La excepción de ilegalidad tiene consagración en el derecho positivo, de manera que no existe ni siquiera la ausencia de una disposición para que sea necesario acudir a otra norma y con ella proceder a su regulación, el artículo 12 de la ley 153 de 1887 establece este control por vía de excepción, situación que se ratifica con la sentencia de la Corte, que fue enfática al darle valor a la norma descrita en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Ahora bien, puede ser que lo manifestado por la Corte en el aparte de la sentencia transcrito se refiera a hacer extensiva la interpretación que este Alto Tribunal de justicia ha hecho del artículo 4° de la Constitución, en lo relacionado con la posibilidad de que su aplicación también se lleve a cabo por parte de la Administración, al realizar control de legalidad de los actos administrativos.

En este caso, la analogía no se aplicaría a falta de ley sino por ausencia de una interpretación por parte de la Corte Constitucional, algo que no es muy acertado. Sería entonces, más bien, una interpretación extensiva lo que se niega a realizar la Corte Constitucional, no obstante, el argumento que utiliza para evitar tal actuación, es muy pobre. Pues bien, argumenta la Corte Constitucional, que siendo la excepción de inconstitucionalidad una excepción al principio general de aplicación a la norma de aplicabilidad de las leyes, su aplicación debe ser restringida, por ésta razón la analogía en estos casos no opera, pues lo que se pretende es extender la aplicación de una excepción, cuando lo correcto es extender la regla general.

Disiento de la anterior interpretación por considerar que al hacerla el Alto Tribunal no es coherente respecto al resto del fallo, lo anterior, teniendo en cuenta que en la sentencia C-037 de 2000 se hace un recuento sobre la aplicación del principio de legalidad como regla primaria en un Estado Social de Derecho, el mismo que fundamenta la jerarquía normativa, la armonía y plenitud del ordenamiento jurídico. Siendo ello así, la aplicabilidad y obligatoriedad de las normas jurídicas no sería la regla general, lo sería el principio de legalidad, el cual se desarrolla tanto en ésta premisa como en el control de legalidad por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

De esta manera, no se trata de la aplicación extensiva de una excepción, sino precisamente, la de una premisa que desarrolla el principio general, en este sentido, pese a no compartir la denominación de aplicación analógica, ella sería viable al tratarse de extender la interpretación que la Corte Constitucional hace de la excepción de inconstitucionalidad a la de ilegalidad. .

Finalmente, expresa la Corte que no es posible extender la interpretación que se efectuó del artículo 4° Constitucional, en lo que se refiere a la aplicación de la excepción de ilegalidad por parte de las autoridades administrativas, pues la finalidad que persigue una y otra son diferentes. Así, la excepción de inconstitucionalidad busca preservar el orden superior, algo que según la Corte no siempre está presente al momento de aplicar la excepción de ilegalidad.

El anterior argumento no coincide en absoluto con los presentados por la Corte para fundamentar la decisión que se analiza, no existe algo más absurdo que ratificar la existencia de una jerarquía normativa, y decir posteriormente, que al cuidar la legalidad de una norma no siempre se cuida su Constitucionalidad.

Si se ha dicho que la ley debe estar acorde a la Constitución, y además, su fin es desarrollar la misma, es ilógico pensar que un acto administrativo que no esté acorde con la Ley es, sin embargo, Constitucional, cae de su peso, por la existencia de la armonía y plenitud del ordenamiento jurídico que la existencia de una disposición que no esté acorde con la ley tampoco está reflejando lo querido por el Constituyente, razón de más para descartar como fundamento válido el argumento esgrimido por la Corte.

3.3 SEGUNDO ARGUMENTO

En la Constitución no hay texto expreso que refiera el ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Constitución puso en manos de la jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador

3.4 PERSPECTIVA PERSONAL

La Corte Constitucional afirma que no hay norma expresa que refiera el ejercicio de la excepción de ilegalidad en la Constitución, sin embargo, declara exequible la disposición contenida en el artículo 12 de la ley 153 de 1887 por encontrarla ajustada a la Carta Política de 1991, es decir, que precisamente a raíz del pronunciamiento, la excepción de ilegalidad puede aplicarse en Colombia, lastimosamente, de manera condicionada, por una interpretación que a mi juicio resulta inadecuada. De tomarse la excepción de ilegalidad, tal como se describe en el artículo 12 de la ley 153 de 1887, las autoridades administrativas también estarían legitimadas para aplicarla y ello le facilitaría mucho su tarea al interior del Estado.

Por otra parte, sobre la posible exclusividad de la jurisdicción contencioso administrativa para controlar la legalidad de los actos de la administración, tiene razón el Doctor Libardo Rodríguez, cuando afirma que es cierto que a esta jurisdicción le corresponde el pronunciamiento definitivo, pero que ello no excluye la existencia de otros medios de control como es el caso de la vía gubernativa, de la vía excepción y de la acción de tutela, entre otros.

Resulta beneficiosa la aplicación de la excepción de ilegalidad por parte de la Administración, pues no existe un medio más eficaz para evitar transgredir las normas superiores, mismas que a su vez preservan el orden superior. Además, es de considerar el deber que nos impone el artículo 6° de la Constitución cuando refiere que los funcionarios son responsables por sus actuaciones ilegales, y así mismo, el artículo 91° de la misma Carta que "El mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta", salvo el caso de los militares en servicio. De lo anterior, puede deducirse que los funcionarios no están obligados a aplicar las normas cuando consideren que ellas son ilegales, así hayan sido dictadas por sus superiores. En este orden de ideas, una interpretación sistemática de las normas permitiría aseverar que la aplicación de la excepción de ilegalidad debe además de considerarse una herramienta efectiva para la administración un deber en el ejercicio de sus funciones.

3.5 TERCER ARGUMENTO

Finalmente, La Corte Constitucional aduce motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, los que dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Para la Corte, dejar al criterio de cualquier autoridad, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común.

En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

Por todo lo anterior, concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación

puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal, aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub exámine*, tal y como ha sido interpretado, la inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

3.6 PERSPECTIVA PERSONAL

Se analizarán los tres factores que según la Corte Constitucional constituyen la reserva adicional para restringir la aplicación de la excepción de ilegalidad por parte de las autoridades administrativas: seguridad jurídica, vigencia y efectividad del orden jurídico.

Paradójicamente, la Corte Constitucional afirma que la seguridad jurídica se mantiene si permitimos sólo al juez administrativo pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, sin embargo, la seguridad jurídica no es una ficción que debe guardar el sistema jurídico respecto de sus normas, por el sólo hecho de existir, su fundamento precisamente se concreta en la validez de éstas normas, ¿Cómo se puede hablar de seguridad jurídica cuando las normas que bajo este precepto se intentan resguardar son contradictorias entre sí y no guardan la coherencia esperada en un ordenamiento jurídico jerárquicamente organizado?, el control de legalidad precisamente busca garantizar que los actos administrativos se ajusten a la ley, y por ende, a la Constitución. La seguridad jurídica puede predicarse de un ordenamiento jurídico armonioso y coherente, al menos es el ideal, ¿que mayor inseguridad jurídica puede encontrarse en un ordenamiento jurídico en el que las normas que lo integran resultan contradictorias con la norma superior?, la excepción de ilegalidad propicia un control de legalidad que va a traducirse en una seguridad jurídica sobre la legalidad y no una meramente formal.

El hecho de que la administración tenga la posibilidad de aplicar la excepción de ilegalidad permite que la seguridad jurídica esté mas al alcance de los destinatarios de las normas, pues el mecanismo es mucho mas eficaz y eficiente si se lo maneja en sede administrativa, que si se lo solamente a las largas de un proceso judicial, ya la administración tiene la posibilidad de hacer el control de legalidad sobre sus propios actos administrativos, sea por la vía gubernativa o a través de la revocatoria directa de los mismos, no obstante, le hace falta la potestad de inaplicar actos administrativos que evidentemente sean contrarios a la ley, y me refiero a que la ilegalidad sea manifiesta, de manera que sea inevitable eludir tal situación a la luz de nuestro Estado Social de Derecho.

En este sentido, no puede la Corte ser desconfiada con la administración aduciendo que dotar de la facultad de aplicar este control de legalidad implicaría anarquizar el sistema normativo, pues muchas son las potestades que el Estado ha otorgado a la administración en pro de descongestionar los despachos judiciales, más aún considerando que todas las funciones administrativas son regladas y por lo tanto, sólo haría falta por parte del legislador regular el mecanismo o procedimiento que la administración utilizaría cuando evidencia una grosera transgresión a la norma superior.

En lo que tiene que ver con la vigencia y la efectividad de las normas jurídicas, específicamente la de los actos administrativos, y la relación que estos criterios guardan con la presunción de legalidad de las decisiones administrativas, debe manifestarse lo siguiente:

No todas las incompatibilidades entre normas inferiores y superiores son evidentemente notorias, de manera que de ello debería depender en gran parte la autoridad facultada para pronunciarse al respecto al momento de hacer el respectivo control de legalidad.

Precisamente, atendiendo a este último criterio, en el ordenamiento jurídico Argentino pueden distinguirse unas categorías de nulidad del acto administrativo, las denominadas “nulidades relativas o del acto anulable” y “las nulidades absolutas o de los actos nulos de nulidad absoluta”.

Los actos anulables tienen vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos “regulares”, por su lado, el acto nulo es el que tiene vicios muy graves y por ello es considerado “irregular”.

De acuerdo a lo anterior, el Tratadista Agustín Gordillo en su tratado de Derecho Administrativo, ha considerado que la legitimidad o legalidad del acto administrativo, estaría intrínsecamente entendida en los actos anulables, pero no se justificaría ampliarla a los actos administrativo nulos de nulidad absoluta, esto se explica, por cuanto en el acto nulo se da casi por hipótesis una violación grave justamente de las normas en que se fundamentan, por lo que sería contradictorio argumentar con base en las normas violadas que el acto se presume legítimo.

En Argentina, según la interpretación del autor sólo los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados por sentencia judicial, presunción que no se extiende a los actos nulos. Esta conclusión, no sólo se extrae del análisis normativo del ordenamiento jurídico Argentino, a ello se le agrega un argumento de índole lógica: “Si un acto tiene un vicio que no es manifiesto o aparente, es plausible que deba considerárselo, en principio y provisionalmente legítimo, si en cambio, el vicio es claro y evidente, no podrá “presumirse” que el acto es – a pesar del vicio manifiesto- “válido” ello equivaldría tanto como cerrar los ojos ante la realidad, como decir “el solo brilla pero presumo que no brilla. En otras palabras,

es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda “presumirse legítimo” si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo”⁶¹

En tal sentido afirma el autor: “Cabría imaginar una norma que invocando el bien común o el interés público dijera “ Aunque encuentres un acto manifiestamente ilegítimo, debes comportarte como si fuera legítimo, pues así lo impone. Pero es claro que ello resulta irrazonable y por ende inconstitucional”⁶².

Como dice IMBODEN, la nulidad de un acto excluye necesariamente su exigibilidad, por la lógica inmanente al ordenamiento jurídico.⁶³

Por las anterior razones el tratadista Agustín Gordillo desde la primera edición de su libro sostuvo que el vicio manifiesto destruye precisamente la presunción de legitimidad, o legalidad en Colombia, y agregó que el criterio contrario representa un pensamiento político Estadista y Totalitario.

El Tratadista hace una crítica radical a la jurisprudencia Argentina, que sigue manteniendo la idea de que los actos administrativos por serlos tienen en su favor la presunción de constituir ejercicio legítimo de la actividad administrativa, y por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio.

Exalta por el contrario, los pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema de Justicia como el que resulta del estudio del caso Putelnik en 1975, en el cual el Alto Tribunal de Justicia expresó:

“La invalidez manifiesta de los actos cuya legitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos, sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico”

En este caso, la Corte adopta el criterio de que es un principio general del Derecho, inevitablemente aplicable en cualquier disciplina, el que un acto manifiestamente viciado no puede ser presumido legítimo; por ello aclara el Tribunal: “dicha presunción de legitimidad de los actos administrativos no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de invalidez evidente y manifiesta. Este acto con invalidez “evidente”, “patente” o “manifiesta” es “irregular”. Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad en

⁶¹ GORDILLO Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. El Acto administrativo. Biblioteca Jurídica Dike. 1 Edición Colombiana, p V-6

⁶² *Ibid*, p V- 6

⁶³ GORDILLO. Op. Cit., p V-6

virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene”⁶⁴

Es perfectamente admisible la posición del Tratadista Argentino, y es precisamente la que se defiende respecto de la legalidad de un acto administrativo, además la que justifica que sea la administración sea la que aplique la excepción de ilegalidad cuando advierta la presencia de acto administrativo evidentemente ilegal.

Por todo lo anterior, la vigencia y obligatoriedad del acto administrativo no puede interpretarse, como lo hizo la Corte, como atributos absolutos del mismo, que impiden a la administración un estudio de legalidad de los actos administrativos después de su expedición, la presunción de legalidad no puede extenderse a los actos administrativos en los que sea evidente un vicio manifiesto, pues en este caso, prima el principio de legalidad y la necesidad de garantizarlo.

Tampoco es lógico y razonable someter a un proceso judicial cualquier clase de control de legalidad sobre los actos administrativos, sobre todo, cuando existen indicios claros para la administración de que el mismo es abiertamente ilegal. En este punto, es preciso referirse a la restricción que la Corte Constitucional dejó sentada en el fallo de Constitucionalidad tantas veces mencionado, y que hace alusión a que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Así mismo, que dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado.

Al respecto debe tenerse en cuenta que en Colombia los procesos judiciales demoran cerca de cinco o seis años en fallarse de forma definitiva, lo que implicaría que un acto administrativo, en el que es evidente el vicio que lo vuelve ilegal, se mantendría vigente en el ordenamiento jurídico por todo este tiempo, pese a que su situación irregular haya sido previamente, y con razón, detectada por un funcionario que podría en poco tiempo resolver tal situación.

Por otra parte, y como ya se manifestó, el control de legalidad por vía de excepción se caracteriza básicamente porque puede ejercerse por fuera de una acción judicial, y en esto se diferencia del control jurisdiccional analizado en capítulos anteriores, por ésta razón, no es coherente con la naturaleza del control por vía de excepción restringir su ejercicio a un proceso judicial, ni mucho menos afirmar que la suspensión es una solución para conseguir que el acto no continúe vigente dada su manifiesta ilegalidad.

⁶⁴ Ibid.

Para corroborar la anterior información, es preciso presentar los argumentos esgrimidos a través de la exposición de un caso concreto en el que se observa, no sólo la necesidad de hacer uso de la excepción de ilegalidad, sino adicionalmente, las dificultades que presenta en la práctica la restricción que el fallo de la Corte Constitucional ha imprimido a la aplicación de la excepción de ilegalidad en el ejercicio de la función administrativa.

3.7 APLICACIÓN DE LO EXPUESTO EN CAPITULOS ANTERIORES A UN CASO CONCRETO

La Universidad de Nariño, mediante Acuerdo No. 181 de diciembre 11 de 1.992, expedido por el Consejo Superior, determinó que las pensiones de jubilación, invalidez y vejez de los docentes se reconocerán y pagarán de conformidad con las leyes y sus correspondientes decretos reglamentarios vigentes a cada época. (art. 1).

En el artículo 3° del citado Acuerdo dispuso que “las pensiones e liquidarán teniendo en cuenta el promedio aritmético de todo lo devengado por los docentes en el último año de servicios, incluyendo tanto la asignación básica mensual, como las primas, viáticos, gastos de representación, auxilios, bonificaciones, remuneración por trabajo suplementario y en horas extras, vacaciones, subsidios, etc....”.- La vigencia de dicho acuerdo regía a partir del 1° de enero de 1.993.-

El Acuerdo No. 034 de mayo 3 de 1.999 expedido por el Consejo Superior de la Universidad de Nariño, “por el cual se reglamenta el Fondo de Pensiones de la Universidad de Nariño”., en su artículo 3° en la parte final, expresa que “Además en la liquidación se tendrá en cuenta el artículo 3 del Acuerdo 181 de 1.992, expedido por el Honorable Consejo Superior de la Universidad de Nariño. Todos los factores de liquidación en su totalidad no deben ser inferiores al 15.4%”.

En comunicación de noviembre 6 de 2.001 suscrita por la Viceministra Técnica del Ministerio de Hacienda y la Directora del ICFES, le observan al Señor Rector de la Universidad de Nariño, que la razón jurídica por la cual la Universidad puede aplicar factores diferentes a los previstos en el Decreto 1158 de 1.994, hasta el 23 de diciembre de 1.995 obedece a que por disposición del artículo 146 de la Ley 100 de 1.993, se convalidaron situaciones jurídicas de pensiones causadas teniendo en cuenta acuerdos de orden territorial, en éste caso el Acuerdo 181 de 1.992 expedido por el Consejo Superior de la Universidad de Nariño.

Así mismo agrega, que “las pensiones causadas con anterioridad al 23 de diciembre de 1.995, y reconocidas hasta el 28 de agosto de 1.997, fecha en la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el parágrafo del artículo 146 de la Ley 100 de 1.993, podían ser liquidadas de conformidad con acuerdos de la Universidad, pero a partir de la fecha de éste fallo, no se pueden reconocer pensiones con base en los acuerdos de la Universidad, como tampoco se pueden reconocer pensiones con factores diferentes a los previstos en el Decreto 1158 de 1.994”.

El Consejo Superior de la Universidad de Nariño, mediante Acuerdo No. 084 de diciembre 18 de 2.001, determinó que las “pensiones de vejez o jubilación y de invalidez o sobrevivencia o sustitución, que corresponde asumirlas a la Universidad de Nariño, a través del Fondo de Pensiones se reconocerán y liquidarán sobre los factores que señala el Decreto 1158 de 1.994” (art. 1).- Y en su artículo 2° dispuso la inaplicación de las disposiciones contempladas en los Acuerdos 181 de 1.992 y 034 de 1.999, referentes a liquidación de pensiones. Con ésta determinación se reitera el régimen de sujeción a la ley.

El régimen pensional de los servidores de la Universidad de Nariño, nunca fue regulado por ordenanzas de la Asamblea Departamental de Nariño.

Muchos de los docentes que laboraron en la Universidad de Nariño, en el último cargo, como profesores de tiempo completo, adquirieron su pensión de jubilación posterior al 28 de Agosto de 1997, (fecha en la que la Corte declara inexecutable la permisión de liquidar pensiones con fundamento en Acuerdos del orden territorial), con los factores indicados por el Acuerdo 181 de 1992, ratificado por el 034 de 1999 ambos expedidos por el Honorable Consejo Superior.

Según los antecedentes administrativos, para la determinación del salario base pensional según el Acuerdo del Consejo Superior se tuvieron en cuenta: además de la asignación mensual, una doceava (1/12) de Prima de Navidad, una doceava (1/12) de la prima de Servicios, una doceava (1/12) de la prima de Vacaciones y una doceava (1/12) mes vacacional. Cuando por ley, estos no son factores computables para la jubilación y menos cuando sobre éstas sumas no se descontaron ni pagaron aportes o cotizaciones para la seguridad social.

Hecha la liquidación de conformidad con la Ley, esto es, observando los factores salariales del Decreto 1158 de 1.994, la Universidad ha reconocido a estos docentes sumas extralegales y en exceso.

Este sistema de liquidación pensional, excepcional, exorbitante e ilegal ha conducido a la Universidad de Nariño a una crisis financiera, al grado que hoy el

monto de la nómina de pensionados representa un altísimo porcentaje de su presupuesto. De suerte que tales recursos no se están destinándose a su objeto fundamental, que es la educación pública superior para sectores populares, sino para sostener una elevada carga pensional.

No sobra destacar el hecho de que en éste caso, y en el de los demás jubilados de la Universidad de Nariño que se demandan, para efectos jurídicos, no estamos frente a trabajadores de la tercera edad (con especial protección), sino de un grupo de profesionales beneficiarios de una pensión con un régimen excepcional frente al resto de los trabajadores colombianos.

Con motivo de la liquidación de pensiones en la Universidad de Nariño, con factores salariales diferentes a los que regula la ley, el Ministerio de Hacienda se ha negado a girar sus aportes presupuestales por concepto del mayor valor o monto de las pensiones que la Universidad de Nariño reconoció a sus jubilados. Por la misma razón, el Ministerio de Hacienda ha condicionado la expedición de los bonos pensionales, hasta tanto se demanden las pensiones reconocidas extralegalmente, y que hacia el futuro se liquiden de acuerdo con la Ley. La Universidad de Nariño, por conducto de su representante legal ha suscrito el compromiso respectivo.

Para comprender con mayor precisión la ilegalidad que acompaña los actos administrativos expedidos por la Universidad de Nariño en relación con las pensiones de jubilación reconocidas posterior al 28 de Agosto de 1997 es preciso describir el régimen jurídico pensional de los empleados públicos que incluye a los empleados docentes u administrativos al servicio de la Universidad de Nariño:

En este estudio se destaca cómo cada una de las normas que se mencionan, resultan transgredidas o contrariadas por las Resoluciones que otorgaron pensiones de jubilación con factores extralegales, las cuales tuvieron como únicos fundamentos, disposiciones administrativas internas **contrarias a la Constitución y la Ley.**

En materia prestacional, la jurisprudencia nacional ha reiterado en forma unánime que tanto en la anterior Constitución, como en la vigente, el régimen de prestaciones sociales de los servidores públicos es potestativa del Congreso de la República o del Presidente en ejercicio de facultades. La Constitución de 1.991 en el artículo 150 numeral 19, literales e) y f) de manera expresa ordenó como potestad del Congreso:

“e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.

f).....

“Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones Públicas Territoriales y éstas no podrán arrogárselas”.

El literal e) incluye a todos los empleados públicos sean del orden nacional, departamental, municipal y a sus entidades descentralizadas.

El último inciso contiene prohibición expresa a la proliferación de actos administrativos de carácter Departamental y Municipal que se dictaron, a pesar de la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Suprema de Justicia el 13 de diciembre de 1.972, del artículo 38 del Decreto Ley 3130 de 1.968 que facultaba a las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos para fijar el régimen prestacional de sus servidores y de la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

No hay duda que todos los actos de entidades territoriales y los de sus organismos descentralizados que fijaron prestaciones sociales fueron y son inconstitucionales, por tal razón están viciados de nulidad los Acuerdos y Resoluciones que dictó sobre el particular la Universidad de Nariño, establecimiento público antes, y ente universitario autónomo oficial hoy, que no tiene competencia para proferir un régimen pensional propio por fuera de la Constitución y la Ley.

Sólo subsisten las pensiones extralegales que se reconocieron con base en Ordenanzas y Acuerdos de Asambleas y Consejos dictadas con anterioridad al 23 de diciembre de 1.993, que mantienen su vigencia como derechos adquiridos en los términos del artículo 146 de la Ley 100. Norma exceptiva que no es aplicable a pensiones extralegales adquiridas y liquidadas con fundamento en disposiciones administrativas dictadas por Establecimientos Públicos, Entidades Oficiales, Entes Autónomos de Educación Superior u organismos descentralizados de cualquier orden, como declara la jurisprudencia del Consejo de Estado en Sentencia del 19 de marzo de 1.997, Exp. 14060 Ponente Dr. Díaz Bueno, que negó las súplicas de la demanda que pretendía el reconocimiento de una pensión consagrada por un Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Universidad Nacional el 1 de julio de 1.990, pues consideró el Consejo de Estado que “Ni en la Carta Política de 1.991 ni la ley 4ª de 1.992 tampoco el artículo 140 de la Ley 100 invocados por el recurrente, confieren a los Consejos Directivos la facultad de regular prestaciones sociales de sus empleados públicos”.

Basta leer las resoluciones que reconocieron irregularmente pensiones de jubilación en la Universidad de Nariño para observar sin esfuerzo que el derecho pensional le fue liquidado, con factores diferentes a los que regula el Decreto 1158 de 1.994, como quiera que le han computado como factores salariales una doceava parte de las Primas de Navidad, de Servicios y de Vacaciones, y en consecuencia, dichos actos administrativos no sólo son contrarios a la Constitución, sino que por mandato expreso del artículo 10 de la ley 4ª de 1.992 no constituyen derechos adquiridos y por ello la liquidación de la pensión de jubilación está viciada por su ilegalidad.

Es imprescindible estudiar, también, el régimen pensional de la Universidad de Nariño, frente a la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia.

En vigencia de la Constitución de 1.886 por mandato del artículo 76 numeral 9 correspondía al Congreso, por medio de la Ley, la atribución de fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de todo orden. Por ello, el artículo 240 del Decreto-Ley 1222 de 1.986 dispuso que el régimen de prestaciones sociales de los empleados y trabajadores oficiales de los departamentos es el que establece la ley.

Por tanto, antes de la Constitución de 1.991, en materia de pensiones el régimen aplicable a los empleados públicos territoriales (departamentales, docentes y no docentes) era la Ley 71 de 1.988, la Ley 33 de 1.985, la Ley 4ª de 1.976 y –si resultaba aplicable- la Ley 6ª de 1.945 y sus disposiciones complementarias: Ley 24 de 1.947, Decreto 2921 de 1.948, y la Ley 171 de 1.971, según reiterados fallos del Consejo de Estado.

Como se dijo –en contra de la Constitución y la Ley- la Universidad de Nariño dictó el Acuerdo No. 181 de 1.992, que en su artículo 3º regulaba la liquidación de las pensiones de jubilación de sus docentes, teniendo en cuenta el promedio aritmético de todo lo devengado en el último año de servicio, incluyendo entre otros aspectos las primas, de servicio, de navidad, vacaciones, subsidios, bonificaciones, etc. Dicha disposición fue posteriormente reiterada en el Acuerdo No. 034 de 1.999.

Luego la Ley 4ª de 1.992 en su artículo 10º señaló que corresponde al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los servidores públicos del orden territorial, y que las Asambleas y Consejos no pueden arrogarse tal facultad. Por lo cual dispuso **que todos los actos contrarios carecerán de todo efecto y no constituyen derechos adquiridos.** Así mismo, la Ley 30 de 1.992 -que organiza

el servicio público de la educación superior-, en el artículo 77 estableció que el régimen prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4ª de 1.992 y demás normas que los desarrollan. Entre ellos el Decreto 1444 del 3 de septiembre de 1.992, cuyo artículo 38 señaló que los docentes universitarios “se continuarán rigiendo por la Ley 33 de 1.985 y demás leyes expedidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1.992 y las que la modifiquen y replacen”. Por lo demás, el artículo 39 siguiente reitera que a los docentes de universidades públicas se les continuarán reconociendo las prestaciones establecidas para los empleados públicos de la rama ejecutiva, en las condiciones fijadas por leyes vigentes a la expedición de éste decreto. No sobra anotar que éste régimen se hizo extensivo y aplicable a las Universidades del orden departamental, y distrital mediante los artículos 1 y 2 del Decreto 055 del 10 de enero de 1.994, por lo cual los docentes de la Universidad de Nariño se acogieron al nuevo régimen que les significó un aumento salarial, pero en su lugar sus prestaciones sociales serían las mismas que las de los empleados públicos nacionales.

Hay que agregar que el artículo 289 de la Ley 100 de 1.993 –sistema único de pensiones- **“deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”**, incluidas las normas administrativas del orden territorial, como declaró la Corte Constitucional en fallo C-197 de 1.998 antes citado, con efectos erga omnes.

En la actualidad el Acuerdo 181 de 1.992 y el 034 de 1.999 en la parte referente a la liquidación de pensiones, **aunque inconstitucionales e ilegales y “sin que pudieran consolidar derechos adquiridos”**, fueron revocados o inaplicados en virtud del Acuerdo No. 084 de 2.001 del Consejo Superior Universitario.

Para mayor absurdo, es imposible jurídicamente que derogadas también todas las normas sobre pensiones de cualquier orden y nivel, por mandato del artículo 289 de la Ley 100 de 1.993, puedan los órganos universitarios o cualquier autoridad, revivir actos derogados por la ley.

Salta a la vista la nulidad parcial de la Resoluciones pensionales que se demandan pero es tal el esperpento que tampoco se podrá alegar la obligatoriedad o la presunción de legalidad de los Acuerdos del régimen de liquidación de las pensiones (Acuerdo 181 de 1.992 y 034 de 1.999), en la Universidad de Nariño, por estar derogados, y por que tales actos que fueron aplicados, “no constituyen derechos adquiridos según el artículo 10 de la Ley 4ª de 1.992 y porque no existen derechos adquiridos con justo título en contra de la Constitución y de la Ley”.

Advertidos sobre la aplicación de normas legales preexistentes por virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993 sobre el monto de la pensión con base en el promedio de los factores salariales, las resoluciones irregulares violan en forma flagrante el artículo 1º de la Ley 33 de 1.985 que dispuso que la jubilación se liquidará con el 75% “del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”. De igual forma resulta violado el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 62 del mismo año que estableció: *“En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden **siempre se liquidarán** sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”*.

En la Universidad de Nariño como todas las entidades públicas, para efectos de aportes se sujetó a lo ordenado en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1.994 (norma que obliga) que en ningún caso estableció que las primas de navidad, de servicios y de vacaciones serían factores salariales, base de aportes para la seguridad social. De manera que sus empleados **nunca** cotizaron aportes por éste concepto y si se hubieran hecho los descuentos se habría violado la Ley e incurrido en falta penal y disciplinaria.

Debo agregar que ninguna disposición legal del orden nacional o de cualquier orden, en ningún tiempo, ha establecido que las primas de navidad, de servicios y de vacaciones son factores salariales objeto de aportes para la seguridad social y por ende tampoco se pueden computar para determinar el salario base pensional.

En éstas condiciones, existe un criterio de igualdad para todos los servidores ante la Ley. Lo contrario sería consagrar un criterio de desigualdad que la Constitución no protege (art. 13) y someter a la Universidad de Nariño a asumir la carga adicional del monto pensional sin haber recibido el monto de cotizaciones.

De suerte que son abierta y evidentemente ilegales las Resoluciones que concedieron pensiones extralegales, pues además se ha certificado -en documento público- que sobre éstos factores no se liquidaron aportes y en consecuencia procede la Reliquidación de conformidad con la Ley.

Basta leer que la liquidación del promedio mensual del salario base incluyó: una doceava (1/12) parte de la Prima de Navidad; una doceava (1/12) parte de la Prima de Servicios, una doceava (1/12) parte de la Prima de Vacaciones, y además una doceava parte (1/12) mes vacacional, que no son factores salariales computables para efectos de la jubilación por no estar previstos en los artículos 1 y 3 de la Ley 33 de 1.985, y su modificatorio el artículo 1º de la Ley 62 de 1.985, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1158 de 1.994. Menos cuando sobre tales primas el servidor jamás cotizó a la seguridad social, como consta en

el documento público o certificación de la División de Recursos Humanos de la Universidad de Nariño.

De ésta manera se demuestra que se está violando el artículo 36 de la ley 100 de 1.993, porque éste solamente contempla la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, como aspectos para tener en cuenta en el régimen de transición. Dicha norma no incluye factores.

Es claro que los factores a tener en cuenta en la liquidación del ingreso base de liquidación de la pensión a partir de la ley 100 de 1.993 son los previstos en el Decreto 1158 de 1.994, pues sobre éstos factores se cotiza y del mismo modo en vigencia de la ley 33 de 1.985 que es el régimen anterior, solamente son válidos aquellos factores sobre los cuales se cotizaba, de donde se infiere que la norma violada en el presente asunto es el Decreto 1158 de 1.994, observando además que los factores de cotización del citado decreto son los mismos que contemplaba la ley 33 de 1.985 y 62 del mismo año.-

Las pensiones de quienes cumplieron con los requisitos de edad y tiempo de servicio causadas con anterioridad a la ley 100 de 1.993 se pueden reconocer con base en los Acuerdos de la Universidad de Nariño en cualquier tiempo, no así las pensiones que cumplieron requisitos con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1.993, las cuales para ser amparadas por la convalidación del artículo 146 de la ley 100 de 1.993, debieron ser causadas con anterioridad al 23 de diciembre de 1.995 y reconocidas con anterioridad al 28 de agosto de 1.997 como se expresa en la sentencia C-410 de agosto 28 de 1.997 de la Corte Constitucional, que declaró exequible el artículo 146 de la ley 100 de 1.993, salvo la expresión “o *cumplan dentro de los dos años siguientes*” del inciso segundo que fue declarada inexecutable.

Se podría contrargumentar –como se ha hecho en algunos casos- que éstos pagos regulares y obligatorios constituyen salario y que el empleado no tiene la culpa que el patrono no descuenta los aportes. Pero es de insistir en el respeto a las leyes, las reglas del juego y los principios de derecho, pues en primer lugar es sabido que las autoridades no pueden hacer sino lo que les está expresamente permitido. Y resulta que ninguna ley autoriza retener aportes por éstos conceptos para la seguridad social. Y si la administración lo hace sin facultad viola normas penales y disciplinarias. En segundo lugar, ninguna disposición legal consagra que éstas primas constituyan factor salarial.

Es conveniente anotar que el Consejo de Estado, Sección Segunda, en fallo de 21 de septiembre de 2.000, Exp. 470-99 publicado en Jurisprudencia y Doctrina de enero de 2.001, concluyó que la Prima de Vacaciones por no estar consagrada en la Ley, no es factor computable para liquidar el salario base pensional, y por ello negó este pedimento. Criterio que resulta igualmente predicable sobre la Prima de Navidad y la Prima de Servicios que fueron computadas para este efecto sin haber previamente cotizado y sin estar autorizado en la Ley.

Por las anteriores razones, se concluye que la ilegalidad de las Resoluciones demandadas en cuanto incluyeron las primas de Navidad, de Servicios y de Vacaciones y mes vacacional en contra de la Ley generando un mayor monto pensional a favor del demandado y en contra del patrimonio de la Universidad de Nariño.

Con apoyo en los argumentos jurídicos y normas expuestas, sería plausible, como se puede notar, la aplicación de la EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD prevista en el artículo 4° de la Carta Política según la cual la Constitución prima sobre toda clase de normas jurídicas que le sean contrarias., la misma que ha sido reafirmada en Sala Plena del H. Consejo de Estado. Procede también la EXCEPCION DE ILEGALIDAD, contenida en el artículo 12 de la citada Ley 153 de 1.887.-

No obstante, la sentencia C-037-de 2000, como ya se explicó, restringió la aplicación de la excepción de ilegalidad a los jueces administrativos muy a pesar de que el vicio del acto administrativo sea tan evidente y manifiesto que el funcionario de la administración lo advierta a primera vista. Lo anterior, ha implicado que la Universidad de Nariño, deba demandar en acción de lesividad todos los actos expedidos con violación de la ley y someterse a un proceso judicial lento, ineficaz y desalentador para el presupuesto Institucional.

El contexto de la Universidad de Nariño, y de muchas otras Universidades que enfrentaron tal situación es la siguiente:

Cerca de 100 a 120 personas en la actualidad, disfrutan de una pensión de jubilación que ha sido reconocida mediante un acto administrativo ilegal, en el que se tienen en cuenta factores no contemplados en la ley para liquidar el valor total de la misma, cada una de estas personas recibe en promedio cerca de cuatrocientos mil pesos mensuales adicionales, sin justificación legal, que multiplicado por las catorce mesadas pensionales equivale a cinco millones seiscientos anuales. Siendo 120 las personas que reciben anualmente esta suma,

lo que la Universidad de Nariño debe cancelar de su presupuesto producto de actuaciones irregulares aproximadamente seiscientos millones de pesos anuales.

En el año 2003 la Universidad de Nariño a través de la oficina jurídico presentó cincuenta demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y hasta la fecha sólo se ha obtenido dos pronunciamientos judiciales definitivos, en las cuales prosperan las pretensiones plasmadas en el libelo al declarar la nulidad del acto administrativo que reconoce la pensión extralegal. No obstante, se encuentran el trámite todos los demás procesos presentados, mismo que llevan aproximadamente nueve años en los estrados judiciales, además, considerando una discusión en cuanto a la competencia que debieron afrontar estos procesos, por lo que los seiscientos millones de pesos deben además multiplicarse por los nueve años que han durado estos procesos en manos de los jueces.

De esta manera, se evidencia el detrimento patrimonial que la excepción de ilegalidad podría evitar en caso de que pudiera ser aplicada por la administración.

Podría pensar que la conciliación podría ser un elemento que permita evacuar las pretensiones de la Universidad sin que lleguen a estrados judiciales, sin embargo, todas las intentadas hasta el momento han sido fracasadas, la razón es obvia: las personas que se han beneficiado de estos actos administrativos ilegales manifiestan haber actuado de buena fe, pues la causa ilegal por la que reciben su monto de pensión no es atribuible a ellos sino a un error de la administración y por tanto, pese a notar las razones que tiene la Universidad de Nariño, optan por ir a juicio, con conocimiento de los años que ello lleva, para seguir percibiendo valores adicionales a los que legalmente debía corresponderles.

Adicionalmente, la Universidad debe someterse a las condiciones impuestas por el Ministerio de Hacienda en lo relacionado con la emisión de bonos pensionales, mismos que garantizan el pago del pasivo pensional y que no pueden ser emitidos entre tanto la Universidad no reporte las demandas presentadas ante los organismos competentes, mientras ello ocurre, debe hacerse cargo del pasivo pensional, con cargo al presupuesto propio de la Universidad de Nariño, sin que sirvan de apoyo para este efecto los dineros que el Ministerio de Hacienda deba girar a favor de la Universidad de Nariño.

En el caso presentado, se muestra, no ya desde la teoría, como se procuró hacer en los capítulos precedentes, sino en la práctica, la utilidad de la excepción de ilegalidad como herramienta de control para la administración, si ello fuera posible, la Universidad de Nariño podría inaplicar los actos administrativos ilegales que concedieron pensiones de manera irregular, considerando además, que pese a considerarse actos administrativos de carácter particular, no son generadores de derechos, pues no existen derechos adquiridos con justo título en contra de la Constitución y la ley.

La posibilidad de inaplicar estos actos administrativos, que evidencian una ilegalidad, por la falta de competencia que encarnan, y la irregularidad de su contenido, debe entenderse como una vía para que la Universidad de Nariño pueda cumplir el papel que le corresponde en la sociedad, que no consiste en mantener un pasivo pensional tan elevado, sino de prestar el servicio de educación tan reconocido por la Región. Debiendo considerarse adicionalmente, que el acto mediante el cual se aplique la excepción de ilegalidad también es susceptible de demandarse ante la jurisdicción de los contencioso administrativo, con pretensiones que seguro fracasarán por carecer de fundamento legal.

La propuesta entonces, no consiste en anarquizar el ordenamiento jurídico, como lo pretende hacer ver la Corte Constitucional, de tal manera que cualquier particular pueda inaplicar a su criterio normas inferiores por considerarlas contrarias a las superiores, sino más bien, en ser coherentes con las políticas de descongestión de despachos judiciales, la eficiencia, economía y celeridad que caracteriza la función pública, y en este cometido, facilitar a la administración sus quehaceres diarios, exaltando normas Constitucionales que imponen el obediencia a la ley y la responsabilidad al funcionario que actúe de manera ilegal. Aplicar un acto administrativo ilegal, es tanto como actuar de manera ilegal, lo cual no es acorde al Estado Social de Derecho, y a la labor de los servidores públicos quienes están regidos por el Derecho.

Como cualquier otra labor encomendada a la administración, la aplicación de la excepción de ilegalidad debe ser reglada, de tal manera que no se someta a la discrecionalidad del funcionario de la administración. Estaría en manos del legislador, entonces, determinar el funcionario competente para aplicarla, las causales y el mecanismo o procedimiento a utilizarse, logrando de ésta manera imponer responsabilidades en quien resulte competente y evitando que este control de legalidad se convierta en un mecanismo de evasión a la ley, constituyéndose, por el contrario, en una herramienta que refleje el respeto por las disposiciones legales y Constitucionales, a fin de que sean ellas, por su propia naturaleza y esencia, sean las que dirijan las actuaciones públicas y privadas, y no, lo que opinen de ellas.

4. CONCLUSIONES

La función pública, específicamente, la función administrativa, es reglada, es decir, que se encuentra regulada por normas específicas que comportan límites materiales y formales para la actuación de los servidores públicos en ejercicio de la misma, ninguna autoridad administrativa puede desplegar conductas que se aparten de lo expresamente consignado en disposiciones normativas, mucho menos, adoptar decisiones mediante actos administrativos que resulten groseramente contrarios a lo dispuesto por normas jerárquicamente superiores que componen el sistema normativo

El principio de legalidad permite también considerar al ordenamiento jurídico como un sistema normativo, en palabras de Norberto Bobbio, de esta manera, sus principales características estarían relacionadas con la jerarquía, armonía y coherencia de las normas que lo componen. En tal sentido, no es posible admitir que en un sistema normativo se mantengan normas que resultan contradictorias con sus superiores, pues éstas fundamentan su validez, y por lo tanto, los funcionarios que adviertan la trasgresión a normas superiores, por parte de actos administrativos están en el deber de efectuar control de legalidad de los mismos, uno de ellos es precisamente la excepción de ilegalidad.

En Colombia el control de legalidad en el ejercicio de la función administrativa está confiada a los particulares, la administración y la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los controles existentes en el derecho colombiano son los siguientes: la vía gubernativa, la vía jurisdiccional o de acción, el control automático, la revocatoria directa y la vía de excepción, que será analizado con mayor profundidad en el presente trabajo.

Este control de legalidad, llamado precisamente por vía de excepción consiste, a diferencia del control por vía de acción, en que la autoridad que realiza el mismo se abstiene de aplicar un acto administrativo por considerar que viola una norma jurídica superior, en este sentido, no es necesario acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para el caso de controlar un acto administrativo, pues bastaría la no aplicación del mismo para hacer uso de este mecanismo consagrado expresamente en la legislación Colombiana.

La excepción de ilegalidad tiene consagración en el derecho positivo, de manera que no existe ni siquiera la ausencia de una disposición para que sea necesario acudir a otra norma y con ella proceder a su regulación, el artículo 12 de la ley 153 de 1887 establece este control por vía de excepción, situación que se ratifica

con la sentencia de la Corte que fue enfática al darle valor a la norma descrita en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Antes del pronunciamiento que hiciera la Corte Constitucional respecto de la aplicación restringida de la excepción de ilegalidad, no existía un criterio claro al respecto, incluso se discutía en el Consejo de Estado la vigencia de la excepción de ilegalidad, pues muchos afirmaban que la disposición contenida en el artículo 12 de la ley 153 de 1887, se encontraba tácitamente derogada con la expedición del Código Contencioso Administrativo.

Según la sentencia C-037 de 2000 la excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub exámine* tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas

El control de legalidad por vía de excepción se caracteriza básicamente porque puede ejercerse por fuera de una acción judicial, y en esto se diferencia del control jurisdiccional, por ésta razón, no es coherente con la naturaleza del control por vía de excepción restringir su ejercicio a un proceso judicial, ni mucho menos afirmar que la suspensión es una solución para conseguir que el acto no continúe vigente dada su manifiesta ilegalidad.

Sobre la posible exclusividad de la jurisdicción contencioso administrativa para controlar la legalidad de los actos de la administración, tiene razón el Doctor Libardo Rodríguez, cuando afirma que es cierto que a esta jurisdicción le corresponde el pronunciamiento definitivo, pero que ello no excluye la existencia de otros medios de control como es el caso de la vía gubernativa, de la vía excepción y de la acción de tutela, entre otros

Obedecer sin ninguna reflexión a la presunción de legalidad equivale a aplicar actos administrativos pese a ser manifiestamente ilegales, "lo cual es ilógico porque, de otra parte, según el artículo 6° de la Constitución, las autoridades son responsables por sus actuaciones ilegales". Según el Doctor LIBARDO RODRIGUEZ para evitar esas posibles consecuencias funestas que pueda traer la aplicación rígida del principio de presunción de legalidad, el derecho ha creado el mecanismo de la excepción de ilegalidad o vía de excepción la cual consiste en

que la autoridad encargada de aplicar determinada norma, se abstiene de hacerlo por que considera que viola una norma jurídica superior.

La vigencia y obligatoriedad del acto administrativo no puede interpretarse, como lo hizo la Corte, como atributos absolutos del mismo, que impiden a la administración un estudio de legalidad de los actos administrativos después de su expedición, la presunción de legalidad no puede extenderse a los actos administrativos en los que sea evidente un vicio manifiesto, pues en este caso, prima el principio de legalidad y la necesidad de garantizarlo.

La posibilidad de extender la aplicación de la excepción de ilegalidad al ejercicio de la función administrativa, no consiste en anarquizar el ordenamiento jurídico, como lo pretende hacer ver la Corte Constitucional, de tal manera, que cualquier particular pueda inaplicar a su criterio normas inferiores por considerarlas contrarias a las superiores, sino más bien, en ser coherentes con las políticas de descongestión de despachos judiciales, la eficiencia, economía y celeridad que caracteriza la función pública, y en este cometido, facilitar a la administración sus quehaceres diarios, exaltando normas Constitucionales que imponen el obediencia a la ley y la responsabilidad al funcionario que actúe de manera ilegal.

Aplicar un acto administrativo ilegal, es tanto como actuar de manera ilegal, lo cual no es acorde al Estado Social de Derecho, y a la labor de los servidores públicos, quienes están regidos por el Derecho.

Como cualquier otra labor encomendada a la administración, la aplicación de la excepción de ilegalidad debe ser reglada, de tal manera que no se someta a la discrecionalidad del funcionario de la administración. Estaría en manos del legislador, entonces, determinar el funcionario competente para aplicarla, las causales y el mecanismo o procedimiento a utilizarse, logrando de ésta manera imponer responsabilidades en quien resulte competente y evitando que este control de legalidad se convierta en un mecanismo de evasión a la ley,

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto Teoría General del Derecho. Bogotá: Temis, 1994 320 p.

BLANCO ZUÑIGA, Gilberto Augusto. Comentarios a la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en Colombia. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 2001

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo. Biblioteca Jurídica Dike.

PENAGOS Gustavo, El acto administrativo Tomo I. Parte General "Nuevas Tendencias". Octava Edición. Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C 2008.

RODRIGUEZ R, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. decimosexta edición. Bogotá: Temis, 2009.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo-Acto Administrativo-. Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia. 2009.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Doceava Edición. Bogotá: Legis Editores S.A , 2004.

Fuentes Jurisprudenciales:

Constitución Política de Colombia. 1991.

CONSEJO DE ESTADO Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Primera. - Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

_____. Sentencia del 29 de Julio de 1960. MP Andrés Augusto Fernandez.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, 15 de Septiembre de 1977. Rad 4370. M.P Samuel Buitrago Hurtado.

_____. Sección Cuarta, 1979. M.P Enrique Low Murtra.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Diciembre 05 de 1990. Rad 952. M. P. Libardo Rodriguez Rodriguez.

_____. Sentencia de 26 de Junio de 1991, M.P Libardo Rodriguez Rodriguez.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Abril 14 de 1994. Rad 5218. M.P Jaime Abella Zárate.

_____. Concepto del 09 de Julio de 1996, rad 854.

_____. Expediente 7985 M.P Germán Ayala Mantilla.

_____. Sección quinta. auto del 15 de agosto de 1996. M.P Eduardo Jaramillo Mejía

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección quinta, Mayo 08 de 1997. Rad: 0810 .M-P Miren de la Lombana de Magyaroff.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Septiembre 16 de 1999. Rad 5246. M.P. Manuel Urueta Ayola.

_____.Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Primera, Junio 14 de 2001. Rad 25000-23-24-000-1993-2887-01(6356). M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

_____.Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Abril 08 de 2003, Radicación número: 11001-03-15-000-2002-0100-01(S-180). M. P. Germán Rodríguez Villamizar.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Septiembre 02 de 2004. Rad: 08001-23-31-000-2003-0816-01(3371). M.P Filemon Jimenez Ochoa

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. : 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235). Junio 24 2004. M .P Ricardo Hoyos Duque.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. 27 de Marzo de 2008. M P Bertha Lucía Rmírez.

_____.Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Enero 29 de 2009. Rad: 76001-23-31-000-1993-19379 01(13206). M .P Myriam Guerrero Escobar.

_____.Sentencia nº 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030) de Doctor Juan Alberto Polo Figueroa

_____.Seccion Primera, de 04 de Marzo 2003 Ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA

_____.Corte Constitucional. Sentencia c 710 de 2001.

_____.Sentencia C199 de 1997. Magistrado Ponente Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

_____.Sentencia C-037 de 2000. M.P Vladimiro Naranjo Mesa

Sentencia Marbury Vrs Madison de la Corte Suprema de los Estados Unidos, 24 de Febrero de 1803. En Textos Básicos de la historia Constitucional comparada” centro de Estudios Políticos y constitucionales Madrid 1998.