



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado

Descripción de la herramienta para la identificación del nivel de riesgo de anulación de los actos administrativos de carácter general y abstracto





Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado

Herramienta para la identificación del nivel de riesgo de anulación de los actos administrativos de carácter general y abstracto

1. Objetivo

La herramienta virtual o “calculadora de impacto normativo” cuyo funcionamiento se explica en este documento tiene como objetivo valorar el riesgo de daño antijurídico en la expedición de actos administrativos de carácter general y abstracto expedidos por entidades del orden nacional.

El presente documento expone los criterios que se utilizaron para la construcción de la herramienta y el alcance de los resultados que arroja.

2. Selección de criterios

El análisis multicriterio es la metodología escogida para determinar las variables relevantes y su respectivo peso con el fin de valorar el riesgo de daño antijurídico en la expedición de actos administrativos reglamentarios proferidos por la administración pública central.

Para seleccionar los criterios, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) realizó un análisis de las normas vigentes en materia de producción de actos administrativos de carácter general y abstracto, sentencias en contra del Estado en esta materia, doctrina y, documentos de política de mejora normativa y prevención del daño antijurídico del ordenamiento jurídico nacional y de otros Estados.

Los cuatro criterios identificados como relevantes para el estudio son: (i) seguridad jurídica, (ii) aplicabilidad, (iii) perjuicios a terceros y, (iv) consulta.

Las secciones siguientes describen el alcance de cada uno de los criterios. A continuación, se formulan las preguntas que los desarrollan, con el fin de ofrecer una guía que le permita a la entidad pública identificar los factores de riesgo de litigio y de declaratorias parciales o totales de nulidad de los actos administrativos de carácter general y abstracto que tienen previsto expedir.

Las respuestas afirmativas permiten acreditar un adecuado cumplimiento de los respectivos requisitos.

Las preguntas negativas reflejan escenarios de riesgo que deben ser corregidos o mitigados.

Algunas preguntas admiten la opción “No Aplica” dado que versan sobre características que no siempre se concurren en los actos administrativos de carácter general.

2.1. Seguridad Jurídica

Este criterio busca validar que los actos administrativos de carácter general y abstracto estén en armonía con las normas de rango superior. La seguridad jurídica indica la exigencia de que el acto se expida de acuerdo con los límites previstos en la Constitución y la ley¹. Los actos administrativos de carácter general y abstracto no pueden modificar, ampliar o restringir el sentido de la Constitución o la ley, deben estar fundamentadas y ser coherentes con el sistema jurídico nacional².

Para verificar el cumplimiento de este criterio se elaboraron las siguientes siete preguntas que deberán responder las entidades:

- 1.** ¿La elaboración de la reglamentación tuvo en cuenta todas las normas superiores que asignan la competencia en términos de tiempo, autoridad, materia, finalidad y vigencia?
- 2.** ¿La elaboración de la reglamentación se hizo dentro del marco de acción previsto en la ley u otra norma de superior jerarquía?
- 3.** ¿La elaboración de la reglamentación tuvo en cuenta todas las normas o acuerdos técnicos internacionales sobre la materia reglamentada?
- 4.** ¿La elaboración de la reglamentación tuvo en cuenta las normas o jurisprudencia especial respecto del procedimiento para expedir la reglamentación?
- 5.** ¿La elaboración de la reglamentación analizó si debían probarse hechos que fundamentan la expedición del acto?
- 6.** ¿La elaboración de la reglamentación tuvo en cuenta el precedente constitucional y/o contencioso sobre la materia reglamentada?
- 7.** ¿La elaboración de la reglamentación tuvo en cuenta realizar la correspondiente motivación?

¹ Al respecto ha señalado la jurisprudencia: “El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para

2.2. Aplicabilidad

La aplicabilidad busca que la norma sea eficaz, esto es, que produzca efectos jurídicos y logre la finalidad por la cual se expide³. Por lo anterior, el acto administrativo exige que la entidad pública coordine el contenido de la norma con las otras entidades involucradas en el alcance de la norma, tenga la claridad del contenido normativo, de los términos de vigencia y de las derogatorias de las normas que contradicen o que se convertirían en obsoletas.

Para verificar el cumplimiento de este criterio se elaboraron las siguientes cuatro preguntas que deberán responder las entidades:

1. ¿La reglamentación tuvo en cuenta si se debía coordinar el contenido normativo con otras entidades públicas?
2. ¿La reglamentación es clara respecto de sus destinatarios, conducta exigida y ámbito temporal de aplicación?
3. ¿La reglamentación establece claramente las derogatorias y/o modificaciones de las normas anteriores?
4. ¿La reglamentación tuvo en cuenta todos los escenarios que necesariamente debía reglamentar (v.g. liquidación de entidades, concursos)?

2.3. Perjuicios a terceros

El criterio sobre los perjuicios a terceros hace referencia a que el acto administrativo de carácter general y abstracto debe, en principio, asegurar la intangibilidad de la confianza legítima⁴, derechos adquiridos y de situaciones jurídicas consolidadas⁵.

los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados. Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad” C. Const., sent. C-1436, oct. 25/2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

² El artículo 2.1.2.1.4 del Decreto 1609 de 2015 establece: “Supremacía constitucional, reserva legal y jerarquía normativa. En la elaboración de decretos y resoluciones de carácter general que sean sometidos a consideración del Presidente de la República se deberá observar la Constitución y la ley, así como los principios que rigen la función administrativa”.

³ Al respecto ver, entre otras sentencias: C. Const., sent. C-069, feb. 23/1995 M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴ Al respecto ha señalado la jurisprudencia: “el principio de confianza legítima se traduce en una prohibición impuesta a los órganos de la administración para modificar determinadas situaciones jurídicas originadas en actuaciones preexistentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho” C. Const., sent. T-180A, mar. 16/2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

Implica también que se proteja a los particulares de las expectativas fundadas sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo y consentidas de manera expresa o tácita por la administración a través de otras normas, interpretación normativa o comportamientos pasivos o activos. Exige también que, en caso de que se afecte a terceros, se asegure la indemnización de los perjuicios.

Para verificar el cumplimiento de este criterio se elaboraron las siguientes cuatro preguntas que deberán responder las entidades:

1. ¿La reglamentación se aplica de manera uniforme a todos sus destinatarios?⁶
2. En caso de tener incidencia con aspectos relativos a la edad, sexo, raza o cualquier otro factor relevante, ¿la reglamentación otorga un tratamiento real y efectivamente igualitario entre todos sus destinatarios?⁷
3. ¿La reglamentación cumple con la regla general de la irretroactividad, respeta los derechos adquiridos, la confianza legítima y salvaguarda las situaciones jurídicas consolidadas de los particulares?
4. ¿La reglamentación desarrolla las razones y fundamentos constitucionales y/o legales que justifiquen un trato diferencial o carga desproporcionada?

2.4. Consulta

La consulta busca que en el proceso de producción normativa participen los grupos de interés a través de opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. El artículo 8 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA - establece el deber de las autoridades de mantener a disposición de la ciudadanía el contenido del acto administrativo previamente

⁵ Ha manifestado la Corte Constitucional: "los derechos adquiridos son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y que, por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Existe un derecho adquirido cuando respecto de un determinado sujeto, los hechos descritos en las premisas normativas tienen debido cumplimiento. Por contraste, las meras expectativas, consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad" C. Const., sent. C-242, abr. 01/2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶ Esta pregunta tiene la particularidad de que, en algunas oportunidades, el acto busca de manera específica procurar un tratamiento diferencial a favor de un grupo de destinatarios. En otros casos, el tratamiento diferencial es una consecuencia necesaria que se desprende del acto. Lo anterior no genera per se riesgo jurídico, pero sí exige que se haga una revisión más detallada. La pregunta 2 ayuda a examinar esta situación cuandoquiera que el acto procure el tratamiento diferencial o cuando dicho tratamiento sea inevitable.

⁷ Esta pregunta se encuentra atada a la pregunta anterior de la siguiente manera: si la entidad afirma que el acto administrativo se aplica de manera uniforme a todos sus destinatarios, luego esta pregunta no es aplicable al acto administrativo. En caso contrario, la entidad debe evaluar si la reglamentación satisface una finalidad legítima, si asegura un tratamiento real y efectivo igualitario a todos sus destinatarios y si el beneficio o carga que contempla es razonable.

a su expedición. También existen normas especiales que establecen el deber de consulta, (v. g consulta previa)⁸.

Para verificar el cumplimiento de este criterio se elaboró la siguiente pregunta que deben responder las entidades:

1. ¿El proceso de consulta se ajustó al procedimiento legal previsto y facilitó la participación real y efectiva de los ciudadanos?

La respuesta afirmativa a esta pregunta permite garantizar un adecuado análisis de las opiniones ciudadanas y evidenciar si existe algún riesgo de litigio por la expedición del acto administrativo.

3. Análisis del universo de sentencias y validación de las preguntas formuladas

El análisis se realizó a partir de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado entre los años 2014 y 2019 sobre actos administrativos de carácter general y abstracto expedidos por autoridades nacionales⁹. En total se identificaron 490 sentencias de esta naturaleza, de las cuales se seleccionaron 145 fallos que declaraban la nulidad de la norma demandada y que reunían los requisitos para su evaluación.

Las preguntas anteriormente planteadas en cada uno de los criterios fueron validadas a través del análisis de las 145 sentencias, donde no se evidenció la necesidad de agregar más preguntas para la construcción de la herramienta, en razón a que no se identificaron nuevos factores de riesgo, ni nuevas causas de condena.

⁷ Esta pregunta se encuentra atada a la pregunta anterior de la siguiente manera: si la entidad afirma que el acto administrativo se aplica de manera uniforme a todos sus destinatarios, luego esta pregunta no es aplicable al acto administrativo. En caso contrario, la entidad debe evaluar si la reglamentación satisface una finalidad legítima, si asegura un tratamiento real y efectivo igualitario a todos sus destinatarios y si el beneficio o carga que contempla es razonable.

⁸ Al respecto ha señalado la Corte Constitucional: "El procedimiento de consulta es, ante todo, un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un escenario dirigido a garantizar sus derechos fundamentales (...). Por ende, dicho procedimiento estará dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la medida legislativa o administrativa" C. Const., sent. C-366, may. 11/2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹ Base de datos elaborada por la universidad Sergio Arboleda en el marco del Contrato ⁰²⁵ De ²⁰²⁰, celebrado entre la Agencia Nacional de Defensa Jurídica Del Estado y la Universidad Sergio Arboleda.

4. Metodología para la identificación del nivel de riesgo de acto administrativo

El presente ejercicio consiste en una metodología de análisis descriptivo de las 145 sentencias en las que el Consejo de Estado ha resuelto declarar la nulidad total o parcial de actos administrativos reglamentarios expedidos por autoridades nacionales. Su propósito radica en identificar los factores de riesgo que podrían llevar a decisiones judiciales de este tipo.

De acuerdo con lo anterior, el riesgo jurídico en esta metodología se define a partir de las causas de litigio que han llevado a la nulidad del acto administrativo. El problema central radica en establecer cuáles son los rasgos y características que exhiben los actos administrativos que han sido objeto de controversia judicial y que llevan a su nulidad total o parcial.

La metodología propuesta busca estimar la incidencia de los factores de riesgo a partir de los cuales se puede cuestionar la constitucionalidad o la legalidad del acto administrativo. De esta manera se espera que la calculadora ayude a la entidad pública a la identificación de los factores de riesgo presentes en el acto administrativo y a la implementación de medidas encaminadas a mitigarlos.

Para lograr este objetivo la ANDJE analizó las causas de condena en las 145 sentencias identificadas para el propósito de este estudio. Cabe destacar que, estas causas son agrupadas en los cuatro criterios seleccionados y representan las preguntas, anteriormente planteadas, que la entidad pública deberá responder en la calculadora para evaluar el acto administrativo que desea expedir.

A continuación, se presentan los resultados obtenidos de este análisis.

5. Resultados

En las 145 sentencias se identificaron 299 causas por las cuales se declaraba parcial o totalmente nulo el acto administrativo demandando. Tal como lo muestra la tabla 1, 36 sentencias fundamentaron su decisión de declaratoria total o parcial del acto por una sola causa, 70 lo hicieron por dos causas, 33 por tres y 6 por cuatro.

Tabla 1. Distribución de la cantidad de causas de condena

Cantidad de causas que declaran nulidad del acto	Sentencias
1	36
2	70
3	33
4	6
Total	145

Cálculos: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE

Debido a que las causas se agrupan en los cuatro criterios propuestos, es posible identificar la incidencia de cada uno de estos en la determinación de la condena de las sentencias estudiadas. La tabla 2 presenta los resultados de este ejercicio.

Tabla 2. Incidencia de los criterios en las causas de condena

Criterio	Cantidad	Ponderación
Seguridad jurídica	269	90%
Aplicabilidad	6	2%
Perjuicios	22	7%
Consulta	2	1%
Total	299	100%

Cálculos: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE

DESCRIPCIÓN DE LA HERRAMIENTA PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL NIVEL DE RIESGO DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL Y ABSTRACTO

Los resultados muestran que el criterio de seguridad jurídica es el que más incidencia tuvo en la determinación de la nulidad de los actos administrativos demandados. Particularmente, entre el total de causas de las 145 sentencias, 269 causas, esto es el 90%, corresponden al criterio de seguridad jurídica.

Se observa además que, de las 145 sentencias analizadas, 141 acogieron causas relacionadas con el criterio de seguridad jurídica, así hubieren tomado en cuenta otros criterios adicionales para fundamentar su decisión. Así lo muestra la Tabla 3.

Tabla 3. Número de sentencias con al menos una causa asociada al criterio

Criterio	Cantidad de sentencias con al menos una causa en el criterio
Seguridad jurídica	141
Aplicabilidad	5
Perjuicios	18
Consulta	2

Cálculos: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE

El análisis propuesto acude sólo a la iteración como elemento de evaluación. Es decir, examina con qué frecuencia aparece cada uno de los criterios establecidos. No obstante, es preciso tener en cuenta que cada criterio es independiente. Así pues, por ejemplo, un acto administrativo de carácter general podría superar el examen de seguridad jurídica, pero resultar nulo por ocasionar perjuicios a terceros.

Lo anterior implica que las entidades deben hacer una valoración individual de cada criterio. Como se mencionó, cada criterio agrupa un conjunto de factores de riesgo, que en las sentencias se manifiestan como las causas por las cuales se declara nulo el acto administrativo y cuya incidencia es independiente de los demás factores.

Los resultados se presentan en la Tabla 4 a continuación. La columna “Frecuencia” corresponde a la cantidad total de causas de condena que hacen referencia al factor de riesgo. La columna “Porcentaje” se obtiene de dividir cada valor de frecuencia entre el subtotal del criterio, de esta manera se obtiene la participación a nivel de criterio de cada una de las causas de condena.

DESCRIPCIÓN DE LA HERRAMIENTA PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL NIVEL DE RIESGO DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL Y ABSTRACTO

Nuevamente en este caso cada factor de riesgo es independiente, tal que, si bien algunos tuvieron una mayor incidencia en las 145 sentencias estudiadas, existe el riesgo de que el acto administrativo puede declararse nulo en caso de presentar cualquiera de los factores de riesgo analizados. No obstante, entre mayor sea la cantidad de factores de riesgo presentes en el acto administrativo, mayor será la exposición al riesgo de condena del acto administrativo.

Tabla 4. Incidencia de los factores de riesgo por criterio

Criterio	Factor de riesgo en la reglamentación	Frecuencia	Porcentaje
Seguridad Jurídica	No se tuvo en cuenta todas las normas superiores que asignan la competencia	98	36,40%
	No se tuvo en cuenta actuar dentro del marco de acción previsto en la ley u otra norma de jerarquía superior	123	45,70%
	No se tuvo en cuenta todas las normas o acuerdos técnicos internacionales sobre la materia reglamentada	4	1,50%
	No se tuvo en cuenta todas las normas o jurisprudencia especial respecto del procedimiento para expedir la reglamentación	8	3,00%
	No se analizó si debían probarse hechos que fundamentan la expedición del acto	1	0,40%
	No se tuvo en cuenta el precente constitucional y/o contencioso sobre la materia reglamentada	34	12,60%
	No se tuvo en cuenta realizar la correspondiente movivación	1	0,40%
	Subtotal	269	
Aplicabilidad	No se tuvo en cuenta si se debía coordinar el contenido normativo con otras entidades públicas	2	33%
	No es clara respecto de sus destinatarios, conducta exigida y ámbito temporal de aplicación	2	33%
	No establece claramente las derogatorias de las normas anteriores	1	17%
	No tuvo en cuenta reglamentar todos los escenarios que necesariamente debe reglamentar	1	17%
	Subtotal	6	
Perjuicio a terceros	Tiene efecto retroactivo capaz de generar un perjuicio, o afecta derechos adquiridos, la confianza legítima, es regresiva o revoca decisiones favorables a un particular	7	32%
	No desarrolla las razones y fundamentos constitucionales y/o legales que justifiquen un trato diferencial o carga desproporcionada	11	50%
	Tiene incidencia con aspectos relativos a la edad, sexo, raza, o cualquier otro factor relevante, y no otorga un tratamiento real y efectivamente igualitario entre todos sus destinatarios	4	18%
	Subtotal	22	
Consulta	El proceso de consulta no se ajustó al procedimiento legal previsto	2	100%
	Subtotal	2	

Cálculos:
 Agencia
 Nacional de
 Defensa
 Jurídica del
 Estado - ANDJE

Los resultados parciales muestran que particularmente tres factores de riesgo del criterio de seguridad jurídica son los más presentes en las 145 sentencias estudiadas, estos son: i) el no tener en cuenta todas las normas superiores que asignan la competencia en términos de tiempo, autoridad, materia, finalidad y vigencia; ii) el no elaborar la reglamentación dentro del marco de acción previsto en la ley u otra norma de superior jerarquía y; iii) el no tener en cuenta al elaborar la reglamentación el precedente constitucional y/o contencioso sobre la materia reglamentada.

De acuerdo con lo anterior, la entidad estará particularmente expuesta al riesgo de condena del acto administrativo si este presenta falencias en uno de estos factores de riesgo del criterio de seguridad jurídica. En efecto, cualquier factor de riesgo puede ser determinante para que el acto administrativo sea declarado nulo sin importar la cantidad de veces en que esté se encontró entre las causas de condena de las sentencias analizadas.

6. Interpretación de la “calculadora de impacto normativo”

La “calculadora de impacto normativo” opera con los resultados del análisis de las 145 sentencias. Consiste en un cuestionario compuesto por las preguntas descritas en la sección 2 de este documento, las cuales buscan evaluar los factores de riesgo de cada uno de los criterios.

Para evaluar el acto administrativo que se desea expedir, la entidad pública debe dar respuesta a las preguntas planteadas para cada criterio. Como ya se indicó, las opciones de respuesta a cada pregunta son: “Si”, “No” y “No aplica”.

Una vez absueltas las preguntas, la herramienta genera un diagrama y un mapa de calor que identifica el nivel de riesgo jurídico que incorpora el acto que se busca expedir. Cualquier factor que se identifique como generador de riesgo quedará señalado en el mapa con colores que irán de amarillo a rojo. El color verde sólo aparecerá cuando todos los factores de riesgo, tanto respecto de cada uno de los criterios como de manera global, hayan sido superados.

Es preciso señalar que la precisión de la herramienta dependerá mayoritariamente de la calidad de las respuestas que proporcione quien la diligencia.

La experiencia y los resultados de este estudio demuestran que la declaratoria

DESCRIPCIÓN DE LA HERRAMIENTA PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL NIVEL DE RIESGO DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL Y ABSTRACTO

de nulidad de acto administrativo se puede ocasionar por un número plural de causas. Ciertamente, entre mayor sea la cantidad de causas por las cuales fue demandando el acto administrativo, mayor podría ser la cantidad de causas por las cuales este sea declarado nulo. En consecuencia, se espera que, si el acto administrativo presenta un número importante de los factores de riesgo identificados en este estudio, el riesgo de ser declarado nulo puede ser mayor en comparación con actos administrativos con una menor cantidad de factores de riesgo. Sin embargo, esto no hace exento a los actos administrativos que presenten, por ejemplo, un solo factor de riesgo, de la posibilidad de litigio del acto.



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado

