



## **CONTENIDO**

### **I. Litigiosidad contra el Estado por actos administrativos de carácter general**

### **II. Lineamientos en materia de prevención del daño antijurídico**

- a) Aspectos generales sobre los actos administrativos generales y abstractos y la potestad reglamentaria**
- b) Aspectos previos a la elaboración del acto administrativo general y abstracto**
- c) Aspectos para la elaboración del acto administrativo general y abstracto**

### **III. Lineamientos en materia de defensa judicial**

- a) Recomendación general para todos los medios de control**
- b) Lineamientos para la defensa en el control inmediato de legalidad, en el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho**
- c) Lineamientos para la defensa en el medio de control de reparación directa y acción de grupo**
- d) Lineamientos para la defensa en el medio de control de controversias contractuales**



## COMUNICACIÓN INTERINSTITUCIONAL No.

**Para:** Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes, Directores y Gerentes de las Unidades Administrativas Especiales y establecimientos públicos del orden nacional.

**De:** Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

**Asunto:** Lineamientos en materia de prevención del daño antijurídico y defensa judicial en la producción normativa a través de actos administrativos de carácter general y abstracto.

Bogotá, D.C, del 28 de junio de 2021

---

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011, el Decreto Ley 4085 de 2011 otorgó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado competencias en materia de defensa judicial y prevención de las conductas y del daño antijurídico. De conformidad con este marco normativo, a la entidad le corresponde recomendar, en aquellos casos que considere pertinente, las acciones y gestiones que deban adelantar las entidades públicas para una adecuada prevención y defensa de los intereses de la Nación.

Esta Agencia, a través de la Dirección de Políticas y Estrategias, presenta las siguientes recomendaciones con el objetivo de que las entidades puedan prevenir el daño antijurídico en la expedición de actos administrativos de carácter general y abstracto y efectúen una defensa jurídica adecuada en aquellas demandas donde se discuta la validez de dichos actos o se alegue que causan daño antijurídico.

El presente documento está dividido en tres capítulos. En el primero se desarrolla el panorama de litigiosidad en contra del Estado que tiene como causa actos administrativos de carácter general y abstracto; en el segundo se dan los lineamientos en materia de prevención del daño antijurídico en la expedición de actos administrativos generales y abstractos y, finalmente, en el tercero se presentan los lineamientos en materia de defensa judicial.

### **I. Litigiosidad contra el Estado por actos administrativos de carácter general**

La Constitución Política de Colombia establece en su artículo 209 que “[l]a 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”.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “la ejecución de los mandatos legales es la esencia de la función Administrativa del Estado. En este contexto, mientras el ejercicio de la función legislativa -que en primer lugar se le asigna al Congreso (art. 150 C.P.) y, en circunstancias excepcionales, al ejecutivo (arts. 150-10, 212 C.P.)- va encaminado al establecimiento de normas



obligatorias de carácter general, impersonal y abstracto, el de la función administrativa tiene por tarea la ejecución de esas medidas en el plano de lo particular y concreto”<sup>1</sup>.

Sin embargo, ha dicho la Corte que “el aparato estatal también enfrenta la progresiva necesidad de afinar las disposiciones jurídicas con el fin de extender la voluntad del legislador a todos los campos a los que va dirigida. Es así como nuestro sistema jurídico ha dispuesto que la cabeza del Ejecutivo -el presidente de la República- tiene entre sus funciones la de reglamentar la ley (Art. 189-11), es decir, la de determinar la forma en que aquella debe ejecutarse o cumplirse”<sup>2</sup>.

El fundamento de la potestad reglamentaria está consagrado en el artículo 189-11 de la Constitución Política de Colombia, “según la cual el Ejecutivo está revestido de la facultad para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”<sup>3</sup>.

La potestad reglamentaria se materializa a través de la expedición de actos administrativos que tienen un carácter general y abstracto, que facilitan la aplicación de las leyes y desarrollan algunos de sus contenidos.

Hay eventos en los cuales es la propia la ley la que faculta a una autoridad administrativa para que expida un acto administrativo general y abstracto. En este evento, el fundamento de la potestad para expedir el acto no es el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, sino lo será la norma que fija la competencia de esa autoridad<sup>4</sup>.

De conformidad con lo previsto en el artículo 88 del CPACA, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esto

---

<sup>1</sup> Señala más adelante dicho fallo, lo siguiente: “Es la prioridad, pues, de la función administrativa, resolver en el terreno práctico los cometidos fijados por las reglas del legislador, pues dada la generalidad de estas últimas es poco probable que su implementación pueda lograrse por sí misma” C. Const., Sent. C- 917, oct. 29/2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>2</sup> C. Const., Sent. C- 917, oct. 29/2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>3</sup> C.E., Secc. Cuarta, Sent. 17994, abr.12/ 2012, C.P. William Giraldo Giraldo.

<sup>4</sup> Sobre lo pertinente ha dicho la Corte Constitucional: “Ahora bien, dado que a los ministerios se les encargan las funciones preestablecidas puede decirse, en conexión con la potestad de reglamentación que les asiste, que estos organismos tienen una competencia residual de regulación que debe ejercerse de manera subordinada a la potestad reglamentaria del presidente de la República, pero, tal como se dijo anteriormente, exclusivamente en el área correspondiente a su especialidad. “En los anteriores términos, no resulta inconstitucional que una ley atribuya, de manera directa, a los Ministros del Despacho, competencias para expedir normas de carácter general sobre las materias en ella contenidas, cuando tales normas correspondan a regulaciones de carácter técnico u operativo, dentro de la órbita competencial del respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la competencia de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria” C.Const. Sent. C-917, oct.29/2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Por su parte, el Consejo de Estado ha considerado, lo siguiente: “Cuando la ley ordena que determinada materia sea regulada por un Ministerio, con ello quiere dar a entender el legislador que se hace innecesario hacer uso de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, adscrita al Presidente de la República, quien la ejercita con el Ministro o el Director del Departamento Administrativo respectivo. Sabido es que una cosa es hablar del Gobierno, entendiendo éste como presidente y Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo, conforme lo prevé el inciso 3o. del artículo 115 de la Carta Política, y otra muy diferente es hablar de una función administrativa que le corresponde únicamente al Ministro por mandato de la ley, porque aquí juega papel importante uno de los principios que rigen la actuación administrativa, como es el de la desconcentración de funciones” C.E., Secc. Primero, Sent. 4500, feb.26/ 1998, C.P. Ernesto Rafael Ariza.

significa que la ley presume que el acto administrativo general y abstracto se ha expedido con el lleno de los requisitos legales exigidos para el efecto.

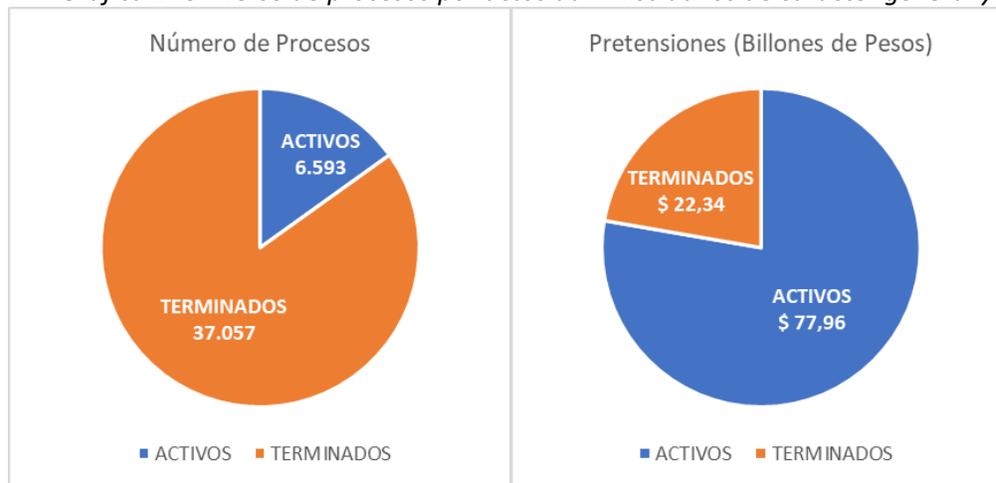
La producción de actos normativos de carácter general que contravienen el ordenamiento o que, de alguna manera, causan daño antijurídico pueden generar además responsabilidad de las entidades que los han proferido.

Por lo anterior, el momento de la expedición del acto administrativo general y abstracto es de vital importancia, pues desde allí comienza su defensa judicial. Un acto administrativo que se ha expedido con el lleno de los requisitos legales y con observancia de las formalidades señaladas en el ordenamiento jurídico es un acto sólido cuyo contenido difícilmente podrá ser materia de cuestionamiento en sede judicial. Por el contrario, cuando el acto se aleja de las disposiciones legales de mayor jerarquía o causa daño a terceros, podrá ser declarado nulo o generar un fallo condenatorio con las consecuencias jurídicas y patrimoniales que ello supone para el Estado.

Al consultar el sistema único de gestión de la información litigiosa de la Nación eKogui, se evidencia que, con corte a 31 de mayo de 2021, hay 43.650 procesos, activos y terminados, relacionados con actos administrativos de carácter general y abstracto, cuyas pretensiones ascienden a más de 100 billones de pesos.

Así mismo, como se observa en la gráfica comparativa, de este universo de demandas, únicamente el 15,1% de los procesos se encuentran activos, no obstante, estos representan el 77,7% de las pretensiones de los demandantes, que equivalen a casi 78 billones de pesos.

*Gráfica 1. Universo de procesos por actos administrativos de carácter general y abstracto*



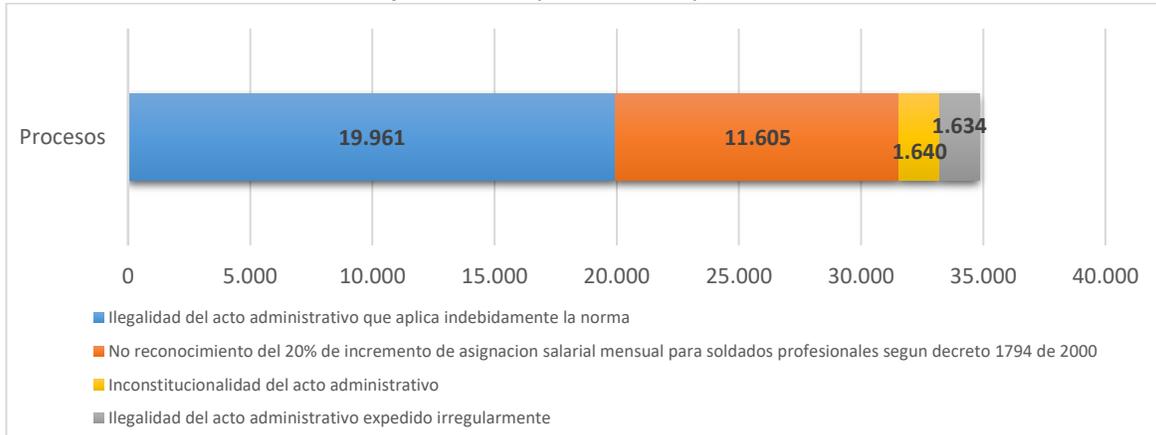
Fuente: eKOGUI. Cálculos propios. Pretensiones en pesos constantes de 2021.

De los procesos activos, 3.690 corresponden a nulidad y restablecimiento del derecho; 1.303 a nulidad simple; 576 de acción de reparación directa; 360 a controversias contractuales; 128 de nulidad por inconstitucionalidad; 50 acciones de grupo y 486 a otro tipo de acciones. En cuanto a las pretensiones, las acciones de grupo concentran el 75% (\$ 58,7 billones), esto indica que, en promedio, se tienen pretensiones de un poco más de un billón de pesos por cada una de estas demandas.



De igual modo, se identificaron 39 causas procesales para este tipo de demandas, pero 4 de estas concentran el 80% de los procesos.

Gráfica 2. Principales causas procesales



Fuente eKOGUI. Cálculos propios

El sistema Ekogui reporta que, del universo de los 37.057 procesos terminados, 35.346 registran sentido del fallo; de estos últimos, 25.420 procesos tuvieron fallo desfavorable, es decir, finalizaron en contra de los intereses del Estado. Lo anterior implica que la tasa de éxito en la defensa jurídica por parte de las entidades se ubica en el 28%. Los 9.926 procesos restantes, terminaron con fallo favorable para el Estado<sup>5</sup>.

Gráfica 3. Tasa de fallos desfavorable a los intereses del Estado



Fuente eKOGUI. Cálculos propios

<sup>5</sup> La información se presenta a manera de referencia por cuanto la tasa de éxito oficial es calculada por la Dirección de Gestión de la Información de la ANDJE.



De estos 9.926 procesos exitosos para el Estado, 7.708 corresponden a acción de nulidad y restablecimiento del derecho; 553 a nulidad simple; 510 a reparación directa; 138 a controversias contractuales; 39 a nulidad por inconstitucionalidad; 48 acciones de grupo y 930 a otros procesos. De los 25.420 desfavorables a los intereses del Estado 24.740 corresponden a acción de nulidad y restablecimiento del derecho; 247 a nulidad simple; 120 a reparación directa; 37 a controversias contractuales; 16 a nulidad por inconstitucionalidad; 3 acciones de grupo y 257 a otros procesos.

## II. Lineamientos en materia de prevención del daño antijurídico

Los lineamientos que se describen a continuación buscan hacerle frente al problema de la litigiosidad contra actos administrativos de carácter general descrito en el título anterior, en procura de que tales actos alcancen mayor nivel de seguridad jurídica.

### a) Aspectos generales sobre los actos administrativos generales y abstractos y la potestad reglamentaria

- i) El acto administrativo de carácter general y abstracto es la decisión de la administración de crear, modificar o extinguir una situación jurídica mediante la determinación de normas generales, impersonales y abstractas<sup>6</sup>. Estas normas establecen conductas de imperativo cumplimiento a los ciudadanos, empresas o entidades públicas respecto de conductas que deben, se les permiten o se les prohíbe realizar.
- ii) Los actos administrativos de carácter general y abstracto pueden tener diferente denominación: decretos, resoluciones, acuerdos o reglamentos.
- iii) El acto administrativo de carácter general y abstracto se rige por los principios de legalidad<sup>7</sup>, ejecutividad<sup>8</sup>, derogatoria<sup>9</sup> e irretroactividad<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Ha dicho sobre lo pertinente la Corte Constitucional que son actos administrativos de carácter general “aquellos actos administrativos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto versados a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales parámetros” C. Const. Sent. C-620, jun.30/2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>7</sup> El artículo 88 del CPACA señala: “Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

<sup>8</sup> Una vez expedido el acto sus efectos jurídicos entran a formar parte del ordenamiento jurídico de manera indefinida. El acto administrativo debe cumplirse mientras no haya sido suspendido o declarado nulo. Es obligatorio y vinculante (art. 12 Ley 153 de 1887).

<sup>9</sup> La administración posee la atribución de derogar o modificar sus propios actos, para cuyo ejercicio no necesita habilitación legal alguna. La derogatoria tiene efectos hacia el futuro, no enerva la presunción de legalidad ni restablece el orden jurídico cuando haya sido vulnerado. C.E., Sec. Primera, Auto 11001-03-24-000-2009-00091-00, abr. 11/ 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López; Auto 22518, oct. 31/ 2018, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>10</sup> Los actos administrativos producen efectos a futuro, esto es, solamente rigen y producen efectos frente aquellos actos o situaciones que se constituyen con posterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, tienen la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado, es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma. La irretroactividad tiene relación con la garantía constitucional a los derechos adquiridos (Artículo 58, 332 y 336 C.P. y artículo 322 Ley 153 de 1887) o situaciones jurídicas consolidadas.



- iv) Las órdenes, directivas, instrucciones, circulares o conceptos son actos administrativos de carácter general y abstracto cuando generan efectos jurídicos en los gobernados y contienen decisiones, órdenes o adoptan nuevas prescripciones no comprendidas en normas anteriores<sup>11</sup>.

No son actos administrativos de carácter general y abstracto cuando “se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios (...), tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones”<sup>12</sup>.

- v) La potestad general de producción normativa por parte de la administración central está consagrada en el artículo 189-11 de la Constitución Política<sup>13</sup>. Esta potestad autoriza al Gobierno Nacional a expedir normas generales encaminadas a la correcta ejecución y cumplimiento de las leyes<sup>14</sup>.
- vi) Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 189-11 de la Constitución, la ley puede atribuir funciones reglamentarias a ciertas autoridades administrativas.

---

<sup>11</sup> El C.E., Secc. Tercera, Subsección A, en Sent. 36760, marzo. 12/ 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón (E) declaró la nulidad del primer inciso del numeral 6° de la Directiva Presidencial No. 12 y el primer inciso del numeral 6° de la Directiva Presidencial No. 4. Estas directivas ordenaban que “salvo casos excepcionales plenamente justificados y motivados, las entidades no pactaran pagos anticipados” y que “esta restricción no se aplicará al Sector de la Defensa Nacional”. El Consejo de Estado consideró en primer lugar que “las Directivas Presidenciales mediante las cuales se expiden órdenes, tienen la naturaleza de acto administrativo reglamentario, expedido en ejercicio de una función administrativa” y que dichas órdenes impusieron “una prohibición que no estaba contemplada en la ley” y que además “agregaron a las disposiciones de orden legal, la exigencia de justificar y motivar en forma específica esos casos, colocados por virtud de la misma directiva bajo una regla de excepción que no tenía origen legal”. En un fallo posterior, señaló el Consejo de Estado: “En el sub iudice, el Concepto 098797 de 2010 fue expedido por la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN para atender la consulta que formuló la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá sobre el impuesto al patrimonio regulado por la Ley 1370, así: «¿El nuevo impuesto sobre el patrimonio, creado por la Ley 1370 de 2009 y que se causa el 1º de enero de 2011, es aplicable a los contribuyentes que se acogieron al régimen especial de estabilidad jurídica consagrado en la Ley 963 de 2005?». Y aquí la Sala anticipa la primera conclusión: se trata de un acto normativo, de tipo reglamentario, en tanto la DIAN fijó la interpretación oficial del impuesto al patrimonio de la Ley 1370 y determinó la incidencia de ese impuesto en el régimen de estabilidad jurídica regulado por la Ley 963, tal y como se explicará más adelante. Esa interpretación, en los términos antes explicados, genera efectos jurídicos generales y abstractos, que luego la DIAN deberá tener en cuenta al decidir alguna situación particular y concreta del impuesto al patrimonio de los contribuyentes que se acogieron a la Ley 963. Es la interpretación oficial que después resulta relevante cuando la DIAN ejerza la facultad de fiscalización en una situación particular y concreta, por ejemplo, frente a tributos no incluidos en el contrato de estabilidad tributaria” C.E., Secc. Cuarta, Sent. 18636, agosto. 30/ 2016, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>12</sup> C.E., Secc. Segunda, Sent. 2010-00135, mar. 20/ 2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>13</sup> “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. Conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional abarca todos los organismos de la rama ejecutiva nacional y no comprende las demás ramas ni los órganos autónomos que fueron consagrados en la Constitución. Al respecto ver C.Const. Sent. C-910, oct. 31/2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>14</sup> Ha dicho sobre lo pertinente la Corte Constitucional: “Como reiteradamente se ha afirmado, la potestad reglamentaria es una facultad constitucional propia del Presidente de la República (art. 189-11 C.P.) que lo autoriza para expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la ley” C. Const., Sent. C-302, may. 05/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz.



- vii) Los actos administrativos de carácter general no pueden abarcar asuntos que sean de reserva de ley, ni modificar, adicionar, ampliar, restringir o recortar la ley<sup>15</sup>.
- viii) Dentro de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, sólo algunos funcionarios y entidades, conforme con la competencia otorgada por la Constitución y la ley<sup>16</sup>, tienen la potestad de expedir actos administrativos que contienen normas de manera directa o con ocasión del cumplimiento de una ley<sup>17</sup>.
- ix) Esta potestad es una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable e irrenunciable, pues “no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo, (...) es un atributo indispensable para la que la Administración cumpla con su función de ejecutar la ley”<sup>18</sup>.
- x) El alcance de la potestad reglamentaria dependerá del contenido con que se haya dotado la ley por parte del Congreso de la República “pues el legislador puede llegar a ser muy minucioso en su regulación y, por consiguiente, la tarea de la autoridad encargada de reglamentar la ley se minimiza. O puede suceder lo contrario: que aquél decida no ser tan prolijo en la reglamentación, dejando al Ejecutivo el detalle”<sup>19</sup>.

En otras palabras, si la ley suministra todos los elementos para su cumplimiento, no se justifica la producción normativa a través de un acto administrativo de carácter general y abstracto. Pero si en la ley faltan particularidades para su aplicación, entonces es posible entrar a regular esos detalles<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Ha dicho sobre lo pertinente la Corte Constitucional: “La facultad con que cuenta el Presidente de la República de reglamentar la ley está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, que las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella. No se olvide que cualquier exceso en el uso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo se traduce en inconstitucionalidad por extralimitación del ámbito material del reglamento” C. Const., Sent. C 302, may. 05/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz.. En el mismo sentido: C.Const. Sent. C 512, oct. 9/97, M.P. Jorge Arango Mejía. y C.E., Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto. 854, jul. 9/ 1996, C.P. Roberto Suárez Franco.

<sup>16</sup> Por ejemplo, el numeral 3 del artículo 59 Ley 489 de 1998 asigna a los ministerios y departamentos administrativos, entre otras funciones, dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para cumplir sus funciones en el ámbito de su respectiva especialidad; el numeral 3 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 asignó a la Comisión de Regulación de Comunicaciones la función de expedir toda la regulación de carácter general y particular relacionada con el régimen de competencia, entre otros ejemplos.

<sup>17</sup> En este caso, si bien no se trata propiamente del ejercicio de una potestad reglamentaria, sino del cumplimiento de la ley, no por ello, el acto administrativo pierde su contenido regulatorio (C.E., Secc. Quinta, sent. 2560, sep. 28/ 2001, C.P. Darío Quiñones Pinilla, entre otras).

<sup>18</sup> C. Const., Sent. C 302, may. 05/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido: C. Const., sent. C 028, ene. 30/97, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>19</sup> C. Const., sent. C 302, may. 05/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>20</sup> Ha señalado la jurisprudencia constitucional: “Es de desatacar aquí, que no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una regulación ulterior.

8.- Lo dicho enlaza con la idea según la cual la extensión de la potestad radicada en cabeza del Ejecutivo por el artículo 189 numeral 11, depende de la forma, así como del detalle, con que la Ley reguló los temas correspondientes. Precisamente aquí se acentúa que la facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley” C. Const. sent. C-1005, oct. 15/2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



## **b) Aspectos previos a la elaboración del acto administrativo general y abstracto**

- i) El acto administrativo no sólo es un instrumento jurídico, sino que tiene también una dimensión técnica propia de la materia que reglamenta. Por ello, para su expedición deben participar de manera coordinada todas las áreas relacionadas con su contenido además del área jurídica.
- ii) El grupo que participa en la elaboración del acto administrativo debe estar conformado por funcionarios y/o contratistas de las diferentes disciplinas que se requieran según su contenido y objeto (abogados, economistas, ingenieros, contadores etc.).
- iii) Las entidades públicas deben establecer si en la expedición del acto administrativo deben participar otras entidades de acuerdo con la competencia y la materia. En caso de ser así, deberán conciliar el contenido del acto administrativo.

## **c) Aspectos para la elaboración del acto administrativo general y abstracto**

Para la elaboración de un acto administrativo de carácter general se debe:

- i) Usar en su redacción un lenguaje claro que facilite su comprensión y finalidad, y que evite las contradicciones o excesos teniendo como referente la ley u otra norma de superior jerarquía<sup>21</sup>.
- ii) Exponer debidamente su motivación.
- iii) Evitar la transcripción de normas jurídicas y/o decisiones judiciales pues estas no constituyen una verdadera motivación<sup>22</sup>.
- iv) Especificar las competencias, en términos de tiempo, autoridad, materia, finalidad y vigencia, que facultan a la autoridad administrativa para su expedición.

El Consejo de Estado ha dicho sobre la motivación que “es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración. En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las

---

<sup>21</sup> El artículo 2.1.2.1.15 del Decreto 1081 de 2015 establece el deber de calidad formal en la redacción de los proyectos de decretos y resoluciones para la firma del Presidente de la República, los cuales deben “caracterizarse por su claridad, precisión, sencillez y coherencia, en forma tal que el texto no presente ambigüedad ni contradicciones”.

<sup>22</sup> Sobre lo pertinente ha dicho el Consejo de Estado: “Conviene precisar que la cita y la transcripción incesante de normas jurídicas nunca constituye una verdadera motivación. La motivación es un elemento básico de los actos administrativos, incluidos los actos normativos que expide el Gobierno mediante competencias reglamentarias y tiene que ver con la explicitación de las razones de hecho y de derecho que autorizan la decisión gubernamental. Se trata de argumentaciones ojalá claras, suficientes y ciertas sobre los hechos que sustentan la medida frente al derecho aplicable” C.E., Sec. Cuarta, Auto 22328, feb. 15/ 2016, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.



razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada”<sup>23</sup>.

- v) Señalar si la expedición del acto obedece a su función reglamentaria general<sup>24</sup>, al cumplimiento de un mandato legal específico<sup>25</sup>, o al cumplimiento de una orden judicial<sup>26</sup>.
- vi) Observar los límites previstos en la Constitución, la ley y los principios que rigen la función administrativa. Sobre este particular, ha señalado la Corte Constitucional: “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 distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico”<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup>C.E., Sec. Segunda, sent. 0685-2010, jul. 05/ 2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>24</sup> Por ejemplo, mediante Decreto 867 de 2010, el Gobierno Nacional reglamentó las condiciones de habilitación para ser operador postal y el Registro de Operadores Postales, en ejercicio de facultades previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en los artículos 4° y 14 de la Ley 1369 de 2009.

<sup>25</sup> Por ejemplo, el Congreso de la República expidió la Ley 1502 de 2011 “Por la cual se promueve la cultura en seguridad social en Colombia, se establece la semana de la seguridad social, se implementa la jornada nacional de la seguridad social y se dictan otras disposiciones”. En el artículo 9° de dicha ley se estableció: “REGLAMENTACIÓN. El Gobierno Nacional deberá reglamentar el contenido de la presente ley en un término no superior a los seis (06) meses contados a partir de la promulgación de la misma”. Fue así como el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2766 de 2013.

<sup>26</sup> Por ejemplo, el parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 1221 de 2008 determinó que el Ministerio de la Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esa ley, debía formular la política pública de incorporación al teletrabajo de la población vulnerable (Personas en situación de discapacidad, población en situación de desplazamiento forzado, población en situación de aislamiento geográfico, mujeres cabeza de hogar, población en reclusión, personas con amenaza de su vida). Más adelante, en el artículo 8° se ordenaba al Gobierno Nacional que, dentro de los 6 meses siguientes a la sanción de esa ley, reglamentara lo pertinente para su cumplimiento. Posteriormente, al decidir una acción de cumplimiento el Consejo de Estado ordenó “al Gobierno Nacional - Ministerio de la Protección Social, que dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, dé estricto cumplimiento a lo dispuesto en el Parágrafo 1° del artículo 3° y en el artículo 8° de la Ley 1221 del 16 de julio de 2008 “Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones” C.E., Sec. Quinta, sent. 2010-00629, jun. 09/ 2011, C.P. Susana Buitrago Valencia.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela del 5 de abril de 2018 ordenó “a todos los municipios de la Amazonía Colombiana realizar en un plazo de cinco (5) meses siguientes a la notificación del presente proveído, actualizar e implementar los Planes de Ordenamiento Territorial, en lo pertinente, deberán contener un plan de reducción cero de la deforestación en su territorio, el cual abarcará estrategias medibles de tipo preventivo, obligatorio, correctivo, y pedagógico, dirigidas a la adaptación del cambio climático” CSJ. Cas. Civil, en Sent. 2018-00319, abr. 05/2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

<sup>27</sup> C.Const. Sent. C-037, ene. 26/00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



En otras palabras, la norma de rango superior demarca la finalidad y los límites a los que debe sujetarse el acto administrativo con ocasión a sus mandatos, autorizaciones y limitaciones en aras de acercar la normatividad a su efectiva aplicación<sup>28</sup>.

- vii) Determinar el ámbito de competencia respecto de la norma jerárquicamente superior. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la falta de competencia en los actos administrativos “se materializa cuando el autor profiere un acto pese que a no tenía el poder legal para expedirlo<sup>29</sup>, es decir, cuando la decisión se toma sin estar facultado legalmente para ello. En otras palabras, dicho reproche se configura cuando el acto es proferido por fuera de las competencias legales y constitucionales atribuidas al servidor público o la Corporación respectiva<sup>30</sup>.
- viii) Analizar si el asunto objeto de producción normativa tiene reserva legal conforme con el artículo 150 Constitucional. Este principio exige que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva siempre deben estar contenidos en una norma de rango legal.

Frente a la reserva de ley, la Corte Constitucional ha destacado lo siguiente<sup>31</sup>:

- La reserva de ley es una manifestación del principio democrático y de separación de poderes.
  - Las materias sujetas a reserva de ley están previstas en el artículo 150 de la Constitución Política.
  - La reserva obliga al legislador a regular, a través de una ley, las materias que ha determinado el constituyente.
  - Se trata de un límite tanto para el legislativo como para el ejecutivo. El primero no puede delegar sus potestades en otro órgano y el segundo no podrá pronunciarse sobre las mismas.
  - Aquellas materias que son objeto de reserva de ley “pueden ser “delegadas” mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser “deslegalizadas”, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento<sup>32</sup>.
- ix) Establecer si existen normas de otra jerarquía que regulan la materia que deban ser tenidas en cuenta en la expedición del acto.

<sup>28</sup> Al respecto ver: C.E., Sec. Tercera, Auto 50222, may. 14/ 2014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>29</sup> [3] Carlos Betancourt Jaramillo. Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Bogotá, 2014, pág. 291

<sup>30</sup> C.E., Sec. Tercera, sent. 2011-00512, jun. 21/ 2018, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>31</sup> C. Const. Sent. C-037, jul. 16/14, M.P. Mauricio González Cuervo. En el mismo sentido ver; C. Const. Sent. C-570, nov. 06/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>32</sup> C. Const. Sent. C-1262, dic. 05/05, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



- x) Cuando sea pertinente, establecer si deben tenerse en cuenta normas o acuerdos técnicos internacionales<sup>33</sup> o jurisprudencia especial sobre la materia<sup>34</sup>.
- xi) Identificar de manera clara los destinatarios del acto administrativo, la conducta que se espera y el ámbito de aplicación de la norma.
- xii) Establecer si el acto contempla los escenarios, los elementos o herramientas que contribuyan a su cumplimiento.
- xiii) Revisar si el acto administrativo debe ser expedido dentro de un periodo de tiempo establecido en la ley o en la orden judicial y si el mismo se está cumpliendo.
- xiv) Señalar con claridad las normas de igual jerarquía que se modifican, derogan o sustituyen con el acto administrativo.
- xv) Aplicar las directrices generales de técnica normativa, cuya finalidad consiste en “racionalizar la expedición de decretos y resoluciones, dotar de seguridad jurídica a los destinatarios de norma, evitar la dispersión y proliferación normativa, así como optimizar los recursos físicos y humanos utilizados en esta actividad, con el propósito de construir un ordenamiento jurídico eficaz, coherente y estructurado a partir de preceptos normativos correctamente formulados”<sup>35</sup>.

Estas directrices deben ser aplicadas por los ministerios y departamentos administrativos que preparen proyectos de decretos y resoluciones generales y abstractas del orden nacional, las cuales abordan, en resumen, los siguientes aspectos:

- Deber de elaborar una memoria justificativa<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Por ejemplo: “A través de la Ley 170 de 1994 se aprobó en Colombia el Acuerdo por medio del cual se estableció la Organización Mundial del Comercio y sus acuerdos multilaterales anexos. Dentro de los acuerdos multilaterales anexos en mención, se encuentra el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, proporciona un marco para la elaboración y expedición de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad y prevé unos principios con base en los cuáles deben desarrollarse las actividades de elaboración y expedición de reglamentos técnicos y de los procedimientos de evaluación de la conformidad, los cuales a su vez, sirven de base para la creación de Buenas Prácticas Regulatorias” Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Guía de Buenas Prácticas de Reglamentación, Bogotá, 2020, pág. 31. Se puede consultar en: <https://www.mincit.gov.co/CMSPages/GetFile.aspx?guid=386fa43e-7c07-4aac-a95a-ffa7fc30222a>.

<sup>34</sup> Por ejemplo, si el reglamento que se expide se refiere a asuntos carcelarios, deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante la cual se declaró que el sistema penitenciario está en un estado de cosas contrario a la Constitución Política (C. Const. Sent. T-388, jun. 28/13, M.P. María Victoria Calle Correa).

<sup>35</sup> Al respecto ver los artículos 2.1.2.1.1 y siguientes del Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República”. Este decreto fue recientemente modificado por el Decreto 1273 del 18 de septiembre de 2020 “Por el cual se modifica el Decreto 1081 de 2015, Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República, en relación con las directrices generales de técnica normativa”.

<sup>36</sup> El contenido está previsto en los artículos 2.1.2.1.6 y 2.1.2.1.7 del Decreto 1081 de 2015.



- Deber de coordinación entre las diferentes entidades públicas en las que tenga impacto el proyecto de acto administrativo general y abstracto<sup>37</sup>.
- Frente a la abogacía de la competencia, se debe informar a la Superintendencia de Industria y Comercio de los proyectos que puedan tener incidencia en la libre competencia de los mercados, esto es, aquellos que “puedan tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes, la capacidad de las empresas para competir o la libre elección o información disponible para los consumidores en un mercado relevante determinado”.<sup>38</sup>

En relación con este asunto, la ANDJE y la Superintendencia de Industria y Comercio suscribieron la Circular Conjunta n.º 3 del 31 de julio de 2019, en la que, con el fin de prevenir el daño antijurídico, se reiteró a las autoridades de regulación, la obligación legal de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio todos los actos administrativos que pretendan expedir y que impliquen una regulación que pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, de conformidad con lo previsto en el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009<sup>39</sup>.

En esta circular se señala que el acto administrativo que se expida sin el cumplimiento de este requisito o sin la motivación que justifique apartarse del mismo, podrá estar viciado de nulidad<sup>40</sup>.

- Deber de notificar los proyectos técnicos y de procedimientos de evaluación a los países miembros de la Organización Mundial del Comercio, de la Comunidad Andina de Naciones y a los países con los cuales Colombia tenga acuerdos comerciales vigentes que contemplen la obligación de notificación internacional<sup>41</sup>.
- Deber de someter a consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública aquellos proyectos que establezcan un nuevo trámite<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Artículo 2.1.2.1.8 del Decreto 1081 de 2015.

<sup>38</sup> Artículo 2.1.2.1.9 del Decreto 1081 de 2015.

<sup>39</sup> El artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 (modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019) señala: “Abogacía de la competencia. Además de las disposiciones consagradas en el artículo segundo del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio los actos administrativos que pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se aparta de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”.

<sup>40</sup> Los criterios para realizar la evaluación que permita determinar si un proyecto de acto administrativo puede tener impacto en la Libre competencia económica están consagrados en el Resolución 44649 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio. El formulario al que hace referencia dicha resolución puede ser consultado en el siguiente link: <https://www.sic.gov.co/abogacia-de-la-competencia>.

<sup>41</sup> Artículo 2.1.2.1.10 del Decreto 1081 de 2015.

<sup>42</sup> El numeral 2º del artículo 1º de la Ley 962 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, establece que “[l]as entidades públicas y los particulares que ejercen una función administrativa expresamente autorizadas por la ley para establecer un trámite, deberán previamente someterlo a



- Deber de evitar la dispersión y proliferación normativa, para lo cual la autoridad responsable debe verificar que se incluyan todos los aspectos necesarios para evitar modificaciones o correcciones posteriores que hubieran podido preverse<sup>43</sup>.
- Deber de realizar las consultas que ordenen la Constitución y la Ley<sup>44</sup>.
- Deber de respetar la estructura formal del proyecto<sup>45</sup>.
- Cuando se trate de proyectos que modifiquen decretos únicos reglamentarios, deber de seguir las reglas específicas señaladas en los artículos 2.1.2.2.1 y siguientes del Decreto 1081 de 2015.
- Una vez se cuenta con la versión del proyecto, deben llevarse a cabo los procesos de consulta previa si hay una norma que así lo establezca<sup>46</sup>.
- Deberán surtirse las publicaciones del proyecto de acto administrativo para participación ciudadana y grupos de interés<sup>47</sup> establecidos en normas generales o especiales.

---

consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública adjuntando la manifestación del impacto regulatorio, con la cual se acreditará su justificación, eficacia, eficiencia y los costos de implementación para los obligados a cumplirlo; así mismo deberá acreditar la existencia de recursos presupuestales y administrativos necesarios para su aplicación. En caso de encontrarlo razonable y adecuado con la política de simplificación, racionalización y estandarización de trámites, el Departamento Administrativo de la Función Pública autorizará su adopción e implementación". Ver artículo 2.1.2.1.11 del Decreto 1081 de 2015.

<sup>43</sup> Artículo 2.1.2.1.12 del Decreto 1081 de 2015.

<sup>44</sup> Artículo 2.1.2.1.13 del Decreto 1081 de 2015.

<sup>45</sup> Artículo 2.1.2.1.16 del Decreto 1081 de 2015.

<sup>46</sup> La Ley 21 de 1991 "Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989", señala en el artículo 6 las condiciones que se deben observar para dar cumplimiento al deber de consulta de las decisiones de interés de los pueblos tribales.

<sup>47</sup> El CPACA en el artículo 8°, numeral 8°, señala que las autoridades deben mantener a disposición de la ciudadanía "Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general". Por su parte, el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015 señala que "[Con el fin de que los ciudadanos o grupos de interés participen en el proceso de producción normativa, a través de opiniones, sugerencias o propuestas alternativas, los proyectos específicos de regulación elaborados para la firma del presidente de la República, junto con la versión preliminar de la memoria justificativa, deberán publicarse en la sección normativa, o en aquella que haga sus veces, del sitio web del ministerio o departamento administrativo cabeza del sector administrativo que lidera el proyecto de reglamentación, por lo menos durante quince (15) días calendario, antes de ser remitidos a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. Los quince (15) días calendario se contarán a partir del día siguiente a la publicación del proyecto.

Excepcionalmente, la publicación podrá hacerse por un plazo inferior, siempre que la entidad que lidera el proyecto de reglamentación lo justifique de manera adecuada. En cualquier caso, el plazo deberá ser razonable y ajustado a la necesidad de la regulación.

Vencido el término de publicidad se deberá elaborar un informe suscrito por el servidor público designado como responsable al interior de la entidad cabeza del sector administrativo que lidera el proyecto de regulación y de la entidad técnica que analiza las observaciones ciudadanas, de ser el caso. Este informe deberá contener todas las observaciones que presentaron los ciudadanos y grupos de interés, las respuestas a las mismas y la referencia que indique si estas fueron acogidas o no por parte de la entidad.



- Una vez se reciban los comentarios derivados de las etapas de participación ciudadana, deber de dar respuesta clara y de fondo a las opiniones realizadas por los ciudadanos a través de la consulta pública.

La entidad debe analizar la pertinencia de los comentarios de la ciudadanía y, de ser procedente, realizar los ajustes respectivos en el proyecto de acto administrativo.

Debe poner especial atención en comentarios que reflejen la afectación a derechos adquiridos; a la confianza legítima; si el acto revoca decisiones favorables a un particular; establece un trato diferencial injustificado o una carga desproporcionada. En caso de que así sea, deberá adoptar las medidas necesarias para mitigar el daño que se pueda ocasionar con su expedición.

- xvi) Agotadas las etapas anteriores, se debe enviar el proyecto de acto administrativo a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República junto con la memoria justificativa.
- xvii) Una vez expedido el acto administrativo general, deberá publicarse en los términos previstos en el artículo 65 del CPACA<sup>48</sup>.

---

El informe de observaciones y respuestas deberá publicarse después del vencimiento del término de participación ciudadana, en la sección normativa del sitio web del ministerio o departamento administrativo cabeza del sector que lidera el proyecto de reglamentación, o en la sección que haga sus veces, y deberá permanecer allí como antecedente normativo junto con el proyecto de regulación correspondiente.

Parágrafo 1. El Departamento Administrativo de la Función Pública elaborará el formato de informe de observaciones y respuestas de que trata el presente artículo”.

Por otro lado, en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 se determinó como una de las estrategias para la implementación de mejores prácticas para la producción normativa, la creación del “Sistema Único de Consulta Pública (SUCOP), que busca hacer más eficiente y transparente el proceso de consulta pública y facilitar la coordinación entre entidades en la expedición de normas. La función del SUCOP será la de centralizar los proyectos de decreto de carácter sustancial del Gobierno nacional, incluyendo la memoria justificativa, estudios técnicos que los sustentan (entre estos el análisis de impacto normativo) y cualquier otro documento que les sirva de soporte, como comentarios, sugerencias o, incluso, propuestas alternativas”.

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf>

<sup>48</sup> El artículo 65 del CPACA, modificado por el artículo 15 de la Ley 2080 de 2021, establece: “Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.

Cuando se trate de actos administrativos electrónicos a que se refiere el artículo 57 de esta Ley, se deberán publicar en el Diario Oficial o gaceta territorial conservando las garantías de autenticidad, integridad y disponibilidad.

Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica, o cualquier canal digital habilitado por la entidad, o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio eficaz.

En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.

Parágrafo. También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular”.



### III. Lineamientos en materia de defensa judicial

Los actos administrativos de carácter general y abstracto están sujetos a control judicial. El ordenamiento jurídico prevé mecanismos procesales que permiten garantizar el reclamo de pretensiones que tiene como causa la expedición de un acto administrativo general y abstracto. Así, el ordenamiento jurídico prevé los siguientes medios de control, a través de los cuales se pueden conocer pretensiones que tienen como causa un acto administrativo general y abstracto: a) nulidad por inconstitucionalidad, b) control inmediato de legalidad, c) nulidad, d) nulidad y restablecimiento del derecho, e) reparación directa y acción de grupo; f) acción contractual.

Este lineamiento imparte recomendaciones en defensa judicial de actos administrativos generales y abstractos encaminadas a mejorar la calidad de las intervenciones de las entidades en los procesos a los que son vinculadas, lo cual podría redundar en una disminución de las condenas o en la reducción del monto de estas.

No obstante, la línea de defensa debe ser determinada por la entidad demandada teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto.

#### a) Recomendación general para todos los medios de control

- i) La entidad pública debe revisar que el escrito de demanda reúna los siguientes requisitos:
  - Contenido de la demanda previstos (artículo 162 del CPACA<sup>49</sup>).

---

<sup>49</sup> “ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.
2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.
3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.
5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.
6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.
7. Modificado por el art. 35, Ley 2080 de 2021. <El nuevo texto es el siguiente> El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, deberán indicar también su canal digital.
8. Adicionado por el art. 35, Ley 2080 de 2021. <El texto adicionado es el siguiente> El demandante, al presentar la demanda, simultáneamente, deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación se inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos. En caso de que el demandante haya remitido copia de la demanda con todos sus anexos al demandado, al admitirse la demanda, la notificación personal se limitará al envío del auto admisorio al demandado”.



- Individualización de las pretensiones (artículo 163 del CPACA)<sup>50</sup>.
- Oportunidad para presentar la demanda (artículo 164 del CPACA)<sup>51</sup>.
- Debida acumulación de pretensiones (artículo 165 del CPACA<sup>52</sup>).
- Anexos de la demanda (artículo 166 del CPACA<sup>53</sup>).

---

<sup>50</sup> “Artículo 163. Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda”.

<sup>51</sup> Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código; (...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; (...)

h) Cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados a un grupo, la demanda deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño. Sin embargo, si el daño causado al grupo proviene de un acto administrativo y se pretende la nulidad del mismo, la demanda con tal solicitud deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo;

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. (...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”.

<sup>52</sup> “Artículo 165. Acumulación de pretensiones. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”

<sup>53</sup> Artículo 166. Anexos de la demanda. A la demanda deberá acompañarse:

1. Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren, y si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación.

Cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentre el original o el periódico, gaceta o boletín en que se hubiere publicado de acuerdo con la ley, a fin de que se solicite por el Juez o Magistrado Ponente antes de la admisión de la demanda. Igualmente, se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales.

2. Los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante, así como los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho.

3. El documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título.



- ii) Si al revisar el escrito de demanda se evidencia que no se ajusta a lo dispuesto en estas normas y el juez no se percata de estas circunstancias al momento de la admisión, la entidad deberá alegar en el escrito de contestación la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

De acuerdo con lo sostenido por el Consejo de Estado, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda “tiene dos manifestaciones principales, una la atinente a la indebida acumulación de pretensiones, que se ha visto cada vez menos utilizada, en tanto la tendencia del operador jurídico es la de conocer y asumir el estudio de lo que pueda dentro de esa indebida acumulación y, la otra, que la que interesa en este caso, cuando la demanda no reúne los requisitos legales y todo lo que directa o indirectamente los afecte”<sup>54</sup>.

**b) Lineamientos para la defensa en el control inmediato de legalidad, en el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho**

- i) Los litigios que se adelantan a través de estos medios de control buscan la exclusión del acto administrativo de carácter general y abstracto del ordenamiento jurídico y se fundamentan en su posible incompatibilidad con una norma superior. Generalmente los procesos asociados con esta clase de actos son aquellos que tienen la pretensión de declaración de nulidad<sup>55</sup>.
- ii) La competencia para conocer de demandas de nulidad en contra de actos administrativos de carácter general y abstractos proferidos por autoridades del orden nacional es del Consejo de Estado, salvo que se trate de actos de certificación o registro, respecto de los cuales la competencia está radicada en los tribunales administrativos<sup>56</sup>.
- iii) Con el control inmediato de legalidad se realiza un examen de legalidad de los actos administrativos generales del orden nacional que se expidan en el marco de estados de excepción. Este examen se lleva a cabo “mediante la confrontación del acto administrativo con las normas constitucionales que permiten la declaratoria de los estados de excepción (artículos 212 a 215 de la Constitución Política), la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994) y los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con ocasión de la declaratoria del estado de excepción”<sup>57</sup>.

---

4. La prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. Cuando se trate de personas de derecho público que intervengan en el proceso, la prueba de su existencia y representación, salvo en relación con la Nación, los departamentos y los municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley.

5. Copias de la demanda y de sus anexos para la notificación a las partes y al Ministerio Público”.

<sup>54</sup> C. E, Sec. Quinta, sent. 2018-00601 mar. 07/2019, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez.

<sup>55</sup> El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) prevé de manera expresa los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad (art. 135), control inmediato de legalidad (art. 136) y nulidad (art. 137).

<sup>56</sup> Artículos 111 y 149 del CPACA, modificados por la Ley 2080 de 2021.

<sup>57</sup> C.E., Sala Plena, sent. 2010-00369, mar. 05/ 2012, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.



La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que para “determinar si hay lugar o no a adelantar este control respecto de determinado acto administrativo, resulta necesario establecer: (i) que se trate de una medida adoptada por una autoridad del orden nacional en ejercicio de función administrativa; (ii) que esa medida tenga carácter general; y (iii) que haya sido expedida en desarrollo de decretos legislativos durante el estado de excepción”<sup>58</sup>.

En los términos del artículo 20 de la Ley 137 de 1994 por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia, la autoridad que haya expedido el acto administrativo deberá enviarlo al juez administrativo competente dentro de las 48 horas siguientes, con el fin de que se surta el control inmediato de legalidad<sup>59</sup>.

- iv) Con la acción de nulidad por inconstitucionalidad se ejerce el control abstracto de constitucionalidad de aquellos decretos de carácter general proferidos por el Gobierno Nacional. La confrontación del acto se hace directamente contra la Constitución Política.

En cuanto a los requisitos para su procedencia, el Consejo de Estado ha determinado lo siguientes<sup>60</sup>:

- Debe tratarse de un decreto de carácter general, dictado por el Gobierno Nacional o por otra entidad u organismo, en ejercicio de una expresa atribución constitucional.

---

<sup>58</sup> C.E., Sala Plena, auto 2020-03437/2020-03438, nov. 09/ 2020, C.P. Nicolás Yepes Corrales.

<sup>59</sup> El trámite se encuentra regulado en el CPACA, así: “Artículo 185. Trámite del control inmediato de legalidad de actos. Recibida la copia auténtica del texto de los actos administrativos a los que se refiere el control inmediato de legalidad de que trata el artículo 136 de este Código o aprendido de oficio el conocimiento de su legalidad en caso de inobservancia del deber de envío de los mismos, se procederá así:

1. La sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Magistrados de la Corporación y el fallo a la Sala Plena.
2. Repartido el negocio, el Magistrado Ponente ordenará que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo. Adicionalmente, ordenará la publicación del aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
3. En el mismo auto que admite la demanda, el Magistrado Ponente podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito su concepto acerca de puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo, dentro del plazo prudencial que se señale.
4. Cuando para la decisión sea menester el conocimiento de los trámites que antecedieron al acto demandado o de hechos relevantes para adoptar la decisión, el Magistrado Ponente podrá decretar en el auto admisorio de la demanda las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días.
5. Expirado el término de la publicación del aviso o vencido el término probatorio cuando este fuere procedente, pasará el asunto al Ministerio Público para que dentro de los diez (10) días siguientes rinda concepto.
6. Vencido el traslado para rendir concepto por el Ministerio Público, el Magistrado o Ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada al Despacho para sentencia. La Sala Plena de la respectiva Corporación adoptará el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional.

Parágrafo 1. Adicionado por el art. 44, Ley 2080 de 2021. En los Tribunales Administrativos la sala, subsección o sección dictará la sentencia.

Parágrafo 2. Adicionado por el art. 44, Ley 2080 de 2021. En el reparto de los asuntos de control inmediato de legalidad no se considerará la materia del acto administrativo”. Al respecto ver: C.E., Sala Plena, auto 2020-04170, oct. 05/ 2020, C.P. José Roberto Sáchica.

<sup>60</sup> C.E., Sala Plena, sent. 2004-00219, may. 07/ 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López.



- El juicio de validez del acto se realiza mediante la confrontación directa con la Constitución Política, no respecto de la ley.
  - No procede frente a decretos ley en ejercicio de facultades extraordinarias ni un decreto legislativo, porque éstos, conforme a los numerales 5 y 7 del artículo 241 constitucional, son de competencia de la Corte Constitucional.
  - Debe tratarse de un reglamento constitucional autónomo, es decir, aquel que se expide en ejercicio de atribuciones permanentes o propias que le permiten aplicar o desarrollar de manera directa la Constitución.
- v) El medio de control de nulidad procede contra los actos administrativos de carácter general y abstracto expedidos en cumplimiento de una función netamente administrativa<sup>61</sup>. La confrontación se hace directamente con la ley.
- vi) El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos de carácter general y abstracto “se caracteriza porque se ejerce no solo para garantizar la legalidad en abstracto, sino para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento o reparación”<sup>62</sup>.

En otras palabras, el ejercicio de este medio de control no solo busca la exclusión del acto administrativo de carácter general y abstracto del ordenamiento jurídico sino también restablecer el derecho si con su expedición se causaron perjuicios a un tercero<sup>63</sup>.

El ejercicio de este medio de control está supeditado “a la existencia de un interés, por lo que podrá ejercerla quien considere que su derecho ha sido lesionado”<sup>64</sup> y que sea presentada dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la publicación del acto general<sup>65</sup>.

Sólo se puede obtener el restablecimiento cuando una autoridad judicial ha anulado el acto administrativo general<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Al respecto ver: C. E, Sala Plena, sent. 36805, jul. 23/2015, C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>62</sup> C.Const., Sent C-426 may. 29/2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>63</sup> Artículo 138 CPACA.

<sup>64</sup> C.E., Sala Plena, sentencia 1999-05683, mar. 04/ 2003, C.P. Manuel Santiago Urueta.

<sup>65</sup> C.E., Sec. Primera, Auto 25000-23-36-000-2013-00072-01, feb. 28/ 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López.

<sup>66</sup> Ha sostenido el Consejo de Estado: “Sobre este punto la Sala debe precisar que, si bien la jurisprudencia de esta Corporación admite la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos de carácter general, el acto de que se trate debe producir efectos concretos o individuales de manera directa e inmediata, de manera que los perjuicios causados a una persona determinada se deriven directamente de su texto. | Ya en cuanto a la competencia, tratándose de la pretensión de nulidad de un acto de contenido general expedido por una autoridad del orden nacional, la Sala considera que corresponde al Consejo de Estado, en única instancia, según lo dispuesto en el artículo 128-1 CCA, por razón de la calidad de las partes, por ser este el factor prevalente para determinarla. (...) En conclusión, si con razón o no se reclaman perjuicios contra un acto de carácter general emanado de una autoridad nacional, el punto deberá ser resuelto en única instancia, por el Consejo de Estado, máxima autoridad de lo contencioso administrativo, atendiendo el carácter subjetivo insito en la regla de competencia, según la cual los actos emanados de autoridades nacionales que



- vii) La finalidad de los litigios que se adelantan a través de estos medios de control es la salvaguarda del orden jurídico general, a través de la exclusión del ordenamiento jurídico del acto administrativo general y abstracto.
- viii) Recibida la demanda en contra del acto administrativo de carácter general y abstracto, en ejercicio de cualquiera de estas cuatro acciones, se recomienda revisar si la demanda reúne los requisitos formales mencionados con anterioridad.
- ix) En adición, se debe determinar que la norma no haya sido anteriormente demandada<sup>67</sup>.
- x) Además de la revisión formal, debe abordarse la defensa del acto administrativo desde los aspectos sustanciales, para lo cual se recomienda lo siguiente:
- Reafirmar la competencia de la entidad para la expedición del acto administrativo.
  - Resaltar la norma o la orden judicial que determinaba el deber de expedir el acto administrativo.
  - Enfatizar en la debida y fundada motivación del acto administrativo, así como, cuando sea pertinente, en el cumplimiento de los principios de legalidad, ejecutividad, derogatoria e irretroactividad.
  - Resaltar y demostrar que el acto se enmarca, según el caso, en la Constitución, la ley y los principios que rigen la función administrativa.
  - Destacar que se surtieron las etapas de consulta previa<sup>68</sup> y publicación del proyecto y que se dio respuesta a los comentarios planteados por la comunidad.
  - Revisar argumentos utilizados por la entidad en otras demandas que hayan sido exitosas y replicarlos en lo pertinente.

---

revisten la aludida connotación, son de competencia de dicha Corporación” C.E., Sec. Primera, Auto 2003-00515, jul. 13/2006, C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

<sup>67</sup> Sobre la cosa juzgada en acción de simple nulidad, ha dicho el Consejo de Estado: “La cosa juzgada en materia contencioso administrativo comporta una regulación específica y diferencial atendiendo al tipo de acción que le dio origen a la sentencia (artículo 175 del Código Contencioso Administrativo) y opera cuando se ha adoptado, en proceso anterior, una decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, sobre una causa petendi específica, en salvaguarda de la seguridad jurídica. En particular, para el caso de las sentencias proferidas en desarrollo de la acción de nulidad, sus efectos de cosa juzgada serán erga omnes absolutos cuando quiera que se declare la nulidad de un acto administrativo. En el evento en que la sentencia no acoja las súplicas de la demanda, es decir, no encuentre fundados los cargos de invalidez de las disposiciones atacadas y niegue la nulidad impetrada, la sentencia tendrá efectos erga omnes relativos, pues sólo se predicarán de la causa petendi juzgada, lo cual se acompaña con el principio dispositivo de la justicia contencioso administrativo, en tanto que no se realiza un control integral de legalidad, pues los análisis se concentran en las normas violadas y el concepto de la violación contenidos en el escrito generatriz de la controversia judicial” C. E, Sala Plena, sent. 36805, jul. 23/2015, C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>68</sup> El artículo 46 del CPACA establece: “**Consulta obligatoria.** Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar”.



- Revisar la memoria justificativa pues puede ser un insumo fundamental para la defensa judicial.
  - Revisar las respuestas a los comentarios, cuando el proyecto surtió la etapa de consulta o publicación, con el fin de determinar si existen argumentos que fortalezcan la defensa del acto.
  - Corresponde a la parte demandante la carga desvirtuar la presunción de legalidad que opera a favor del acto administrativo de carácter general y abstracto. Por lo anterior, el cargo de ilegalidad debe estar desarrollado de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente.
  - Revisar si se encuentra fundamentada la incompatibilidad del acto proferido respecto de normas de carácter superior.
  - Determinar si la norma demandada es interpretada conforme al ordenamiento jurídico en su real sentido y alcance, esto es, no derivado de apreciaciones subjetivas.
  - Frente a la nulidad y restablecimiento del derecho, revisar si la parte actora presentó pruebas que acrediten la existencia de perjuicios derivados de la expedición del acto administrativo. Además, debe aportar y solicitar la práctica de las pruebas encaminadas a desvirtuar los perjuicios alegados por el demandante.
- xi) En cuanto a las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA, se deberá tener en cuenta el alcance que el Consejo de Estado ha determinado para ellas:
- Las causales de nulidad del artículo 137 del CPACA contempla los “vicios formales: de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como vicios materiales: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió”<sup>69</sup>.
  - La primera causal es la infracción a las normas en que debería fundarse. En relación con esta causal, el Consejo de Estado ha señalado que “se configura por la inobservancia de las normas que constituyen el marco jurídico del acto y surge de

---

<sup>69</sup> C. E, Sec. Segunda, sent. 2001-01047, sep. 26/2012, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En dicho fallo agregó el Consejo de Estado: “La peculiaridad de los vicios materiales, a diferencia de los vicios formales, se centra en que no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la administración; por manera que la falsa motivación se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y el desvío de poder, en la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario”.



la confrontación entre la previsión invocada como infringida y el acto administrativo infractor<sup>70</sup>.

Todos los actos administrativos deben estar sujetos a la ley que dice reglamentar o cualquier otra norma que tenga carácter legislativo. Esta sujeción implica que tienen vedado modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las en ellas contenidas<sup>71</sup>.

- La segunda causal de nulidad de un acto administrativo de carácter general es la falta de competencia. Dicho reproche “se configura cuando el acto es proferido por fuera de las competencias legales y constitucionales atribuidas al servidor público o la Corporación respectiva<sup>72</sup>”.

Para determinar la competencia se debe analizar la ley o norma superior que faculta u ordena la reglamentación en los siguientes aspectos: autoridad facultada, materia y tiempo. Ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con los factores de competencia para expedir actos administrativos, lo siguiente<sup>73</sup>:

---

<sup>70</sup> C. E, Sec. Quinta, sent. 2008-00205, mar. 6/2009, C.P. Filemón Jiménez Ochoa. En sentencia posterior, señaló la Corporación: “La contravención legal a la que hace referencia esa causal debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso. Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2.- Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde” C. E, Sec. Cuarta, sent. 16660, mar. 15/2012, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. En el mismo sentido: C.E., Sec. Cuarta, Sent. 17441, mar. 6/2014, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>71</sup> C. E, Sec. Tercera, sent. 41719, dic.2/2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En sentencia posterior, el Consejo de Estado declaró la nulidad del numeral 10 del artículo 22 del Decreto 1768 de 1994, al considerar que “el acto acusado, mediante el cual se dispuso como causal para remover al Director General el incumplimiento de su “Plan de Acciones”, es una norma que desborda el parámetro legal y al ser de inferior jerarquía, por tratarse de un decreto ordinario reglamentario de la Ley 99 de 1993, no podía ir más allá de la misma, de lo cual deviene procedente declarar su nulidad” C. E, Sec. Primera, sent. 2009-00567, feb.28/2019, C.P. Oswaldo Giraldo López.

<sup>72</sup> C. E, Sec. Quinta, sent. 2011-00512, jun.21/2018, C.P. Alberto Yepes Barreiro. En el mismo sentido ver: C. E, Sec. Tercera, sent. 36317, 36760, marz.12/2015, C.P. Hernán Andrade Rincon (E).

<sup>73</sup> C.E., Sec. Tercera, Sent. 47693, sep. 19/2016, C.P. Jaime Orlando Santofimio. En esta misma sentencia se declaró la nulidad del artículo 1° del Decreto 0935 de 2013 y señaló: “En el sub judice este exceso se evidencia en la primera de las vertientes desarrolladas por la jurisprudencia, esto es, se violó el criterio restrictivo de la competencia por cuanto el reglamentado fue más allá de lo que le estaba permitido y sustituyó al legislador al crear una regulación reglamentaria que no tiene apoyo o correspondencia en ninguna disposición legal”.



- ✓ Competencia en razón del sujeto: debe entenderse como la facultad que tiene determinada persona para expedir el acto administrativo.
- ✓ Competencia en razón de la materia: Se refiere a si el acto expedido se encuentra dentro de aquellos frente a los cuales está facultado el ejecutivo.
- ✓ Competencia en razón del tiempo: Se refiere a que la competencia para expedir el acto administrativo debe ejercerse en un determinado tiempo.

En relación con la falta de competencia para expedir actos administrativos ha señalado el Consejo de Estado que puede ser absoluta o relativa<sup>74</sup>.

- La tercera causal es la expedición de forma irregular del acto administrativo general y abstracto. De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta causal opera cuando en la expedición del acto "la Administración no se ajusta a los procedimientos establecidos para manifestar su voluntad, los cuales pretenden otorgar garantía a los administrados"<sup>75</sup>.

Entre los supuestos considerados como constitutivos de esta causal está el de no surtir el proceso de divulgación de la regulación previsto en la ley (art.8 num.8 CPACA). Además, esta causal incluye la falta de motivación, defecto que, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, difiere de la falsa motivación<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Ha dicho en lo pertinente: "La competencia es la cantidad de potestad que tiene un órgano administrativo para dictar un acto y atiende a diversos criterios: el criterio objetivo o de atribución, que atañe a las materias o funciones propiamente dichas; el criterio funcional, que se fundamenta en la estructura jerárquica del órgano de la administración pública; el criterio territorial, que alude a la competencia local, y, por último, el criterio temporal, que hace referencia al plazo o tiempo con el que se cuenta para ejercer la función. Existen actos de competencia exclusiva de un ministro, jefe del órgano, por ejemplo, o delegables en otros órganos o funcionarios; actos de primera instancia o de segunda instancia; actos nacionales o actos locales, etcétera. La desconcentración y la delegación son las clásicas maneras como se asigna la competencia a los órganos que componen una entidad. La descentralización también transfiere funciones, pero entre entes con vocación de autonomía administrativa. | La falta de competencia puede viciar de nulidad el acto administrativo. Y esa falta de competencia puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando el órgano administrativo invade las competencias de un órgano distinto al de la administración pública. Por ejemplo, cuando la administración avoca competencias propias de la rama judicial. O cuando un organismo administrativo invade las competencias de otro órgano de la administración pública. Por ejemplo, cuando el Ministerio de Hacienda asume las competencias otorgadas al Ministerio de Comercio o viceversa. La incompetencia, entonces, es absoluta cuando se ejercen funciones no asignadas por la ley. Ese es un caso de usurpación de funciones, que denota un grave defecto orgánico. La incompetencia es relativa cuando se deriva de la incompetencia funcional y territorial, que, como se dijo, alude a la asignación de competencias en virtud de la organización jerárquica de cada institución o en virtud de la desconcentración de funciones a nivel territorial. Por ejemplo, cuando la decisión administrativa la toma una dependencia regional del órgano administrativo, pero distinta a la que, por jurisdicción territorial, le corresponde adoptarla. La incompetencia, entonces, es relativa porque las funciones sí son del órgano de la administración pública que dictó el acto administrativo, pero no del funcionario específico que lo suscribió. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la extralimitación en que puede incurrir el funcionario no siempre altera la competencia del órgano como tal, puesto que la competencia sí está asignada a ese órgano. De hecho, el vicio de incompetencia capaz de invalidar un acto es el que recae sobre el acto mismo, pero no el vicio que recae en actos previos" C.E., Sec. Cuarta, Sent. 18058, ago. 03/2016, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>75</sup> C.E., Sec. Cuarta, Sent. 14518, nov. 20/2008, C.P. Ligia López Díaz.

<sup>76</sup> Ha considerado la jurisprudencia: "La falta de motivación, que no es equiparable a la "falsa motivación", es la omisión de motivar el acto administrativo imputable a la autoridad que lo profiere, lo cual constituye un vicio de procedimiento, y, por ende, una causal de nulidad por expedición irregular del acto, mientras que la "falsa motivación" supone que sí



- La cuarta causal de nulidad de actos administrativos de carácter general y abstracto es el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. Para el Consejo de Estado, esta omisión “viene a ser una violación de una etapa del procedimiento”<sup>77</sup>.

En otras palabras, esta causal opera por una violación que se configura en la etapa del procedimiento. De allí que se deban explicar las etapas del procedimiento administrativo, para concluir que no fueron pretermitidas o que no se cometieron irregularidades procedimentales que afectaran el derecho de audiencia y defensa<sup>78</sup>.

- La quinta causal se refiere a la falsa motivación. El Consejo de Estado ha señalado que la motivación es un elemento fundamental del acto administrativo, que “se entiende como la expresión de los móviles que impulsaron al titular de la función administrativa a adoptar determinada decisión. Comporta los fundamentos de hecho y de derecho que la autoridad ha debido tener en cuenta para pronunciarse en uno u otro sentido. En ese orden, los fundamentos de hecho constituyen los supuestos fácticos en los que se soporta la decisión, mientras los de derecho vienen a ser los cimientos de orden constitucional y legal que sirvieron de base a la autoridad para decidir determinado asunto”<sup>79</sup>.

Frente al alcance de esta causal, ha dicho la jurisprudencia que “el vicio de falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica del respectivo asunto”<sup>80</sup>.

---

hubo motivación, pero ésta no corresponde a los hechos” C.E., Sec. Segunda, Sent. 0685-2010, jul. 05/2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>77</sup> C.E., Sec. Cuarta, Sent. 19679, abr. 25/2016, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>78</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado en lo pertinente: “La violación del derecho de audiencia y defensa viene a ser una violación de una etapa del procedimiento, esto es, justamente la etapa de descargos o de audiencia previa. Por eso, para que esta causal se configure debe explicarse qué etapas del procedimiento administrativo fueron pretermitidas o qué irregularidades se cometieron en el procedimiento, al punto de afectar el derecho de defensa. | Tratándose de la pretermisión de la etapa probatoria, la Sala considera que el derecho de audiencia y de defensa se puede afectar en los siguientes casos: i) cuando se decreta una prueba ilícita; ii) cuando las partes, en las oportunidades legales, piden pruebas y no se decretan; iii) cuando se decretan las pruebas pedidas oportunamente, pero no se practican y iv) cuando se practican las pruebas decretadas, pero no se valoran. | Ahora bien, para que prospere la nulidad por la violación del derecho de audiencia y de defensa y del derecho al debido proceso, debe probarse que tales derechos se afectaron gravemente. Y eso ocurre cuando la prueba faltante incide de manera definitiva en la decisión, al punto que la decisión tomada habría sido otra diferente si la prueba ilícita se hubiera excluido del proceso, o si la prueba no decretada o no practicada se hubiera decretado y practicado, o si la prueba mal valorada se hubiera valorado debidamente” C.E., Sec. Cuarta, Sent. 18058, agos. 03/2016, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>79</sup> C.E., Sec. Segunda, Sent. 0034-2016, mar. 23/2017, C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>80</sup> C.E., Sec. Primera, Sent. 2006-00348, jun. 07/2012, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. En sentencia posterior, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución 13212 del 8 de noviembre de 2007, “Por la cual se establecen disposiciones transitorias para el ingreso e importación de algunas mercancías” y otras expedidas por la DIAN al considerar lo siguiente: “La Sala, a partir de lo examinado en el cargo anterior, encuentra también acreditada la falsa motivación de los actos acusados, como quiera que los motivos aducidos en ellos no corresponden a aquellos que jurídicamente son necesarios para la decisión adoptada. (...) En tales términos, bien puede observarse que es incoherente



- La sexta causal es la desviación de las atribuciones propias de quien profirió el acto administrativo general. Para el Consejo de Estado esta causal se configura “cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico”<sup>81</sup>.

Ahora bien, es importante diferenciar el alcance de esta causal respecto del alcance de la falsa motivación del acto administrativo. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que “la falsa motivación se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y el desvío de poder, en la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario”<sup>82</sup>.

### c) Lineamientos para la defensa en el medio de control de reparación directa y acción de grupo

- i) El ejercicio de la función administrativa, a través de la expedición de actos administrativos generales y abstractos, no solo puede generar litigiosidad encaminada a que se declare su nulidad por incurrir en algunas de las causales descritas anteriormente. También puede derivar en conflictos en los cuales no se pretende que se analice la compatibilidad de éstos con una norma de superior jerarquía, sino el daño que produjo su expedición, aplicación o declaratoria de nulidad. En otras palabras, la expedición del acto administrativo puede causar perjuicios a terceros y, en caso de que así sea, se deberá reparar el daño y los perjuicios causados.
- ii) El ordenamiento jurídico consagra dos acciones resarcitorias, mediante las cuales se puede solicitar la reparación de un daño y la indemnización de perjuicios derivados de actos administrativos generales y abstractos, siempre que no se discuta su legalidad: el medio de control de reparación directa<sup>83</sup> y la acción de grupo<sup>84</sup>.

---

el motivo con la decisión, pues no hay una explicación razonable que permita inferir que, por restringir el acceso del azúcar legalmente importada al Puerto de Buenaventura, ello contribuirá a disminuir la producción de panela a partir del derretimiento de aquel producto, ni se observa acreditada dentro del proceso una relación de causa a efecto como la propuesta por el acto administrativo demandado” C.E., Sec. Primera, sent. 2008-00388 y 2008-00173, ago. 24/2018, C.P. Oswaldo Giraldo López.

<sup>81</sup> C.E., Sec. Segunda, sent. 2008-00942, feb. 22/2018, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. En el mismo sentido ver: C.E., Sec. Quinta, sent. 2014-00139-, oct. 15/2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro (e).

<sup>82</sup> C. E, Sec. Segunda, sent. 2001-01047, sep. 26/2012, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>83</sup> El artículo 140 del CPACA establece que “En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado”.

<sup>84</sup> La acción de grupo se encuentra regulada en el título III de la Ley 472 de 1998 y en el artículo 145 del CPACA. El inciso segundo de esta misma norma contempla la figura de la acción de grupo contra actos administrativos de carácter general.



- iii) De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado es posible iniciar un proceso para obtener la reparación cuando los perjuicios fueron causados por un acto administrativo general y abstracto, en los siguientes tres eventos:
- El daño se deriva de un acto administrativo legal, esto es, de una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores, pero cuya aplicación implicó que una persona soporte una carga excepcional o un sacrificio mayor frente a las cargas públicas. En este caso no se cuestiona la legalidad del acto administrativo sino los efectos que causa a alguno o algunos de sus destinatarios o personas individualmente consideradas que se hayan visto afectadas por su contenido. El título de imputación del daño especial es el procedente cuando lo que se reprocha es la causación de un daño que tuvo origen en una actividad lícita de la administración<sup>85</sup>.
  - El daño se deriva de la ejecución de un acto administrativo general y abstracto revocado por la administración o anulado por la jurisdicción contencioso administrativa. En este caso, el daño ocasionado a los administrados estaba cobijado con la presunción de legalidad, pero se convierte en antijurídico al ser reconocido como ilegal por la administración o la jurisdicción. Así, al desaparecer del mundo jurídico también cesa para los administrados el deber de soportar sus efectos<sup>86</sup>.
  - La causación de perjuicios se deriva de la ejecución irregular de un acto administrativo de carácter general. Esta circunstancia es conocida como operación administrativa irregular<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado en lo pertinente: “en relación con el tema de responsabilidad estatal por actos normativos legítimos, tales como la expedición y aplicación de normas constitucionales, de preceptos legales y de actos administrativos, cuya “juridicidad” no es reprochada, y que no obstante su “licitud” o “legitimidad” pueden entrañar algún daño antijurídico que comprometa la responsabilidad del Estado, ha sostenido que las tres comportan un común denominador; que no es otro que el régimen de responsabilidad aplicable: el daño especial”. Más adelante en el mismo fallo se señaló: “sobre la base de que al imponerse al administrado una carga especial que no tiene por qué padecer se presenta un rompimiento del equilibrio en las cargas públicas, idea inserta en la conciencia jurídica moderna como una expresión del principio general de igualdad ante la ley” C.E., Secc. Tercera, Sent. 25738, jun. 11/ 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón. En el mismo sentido ver: C.E., Secc. Tercera, Sent. 34254, nov. 4/ 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón (E); Sent. 24027, mar. 19/2004. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>86</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho al respecto: “La segunda hipótesis en la cual se ha aceptado la procedencia del medio de control de la reparación directa se da cuando el daño ha sido producto de un acto administrativo general que ha sido revocado por la administración, o fue objeto de anulación por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este evento se ha entendido que el daño ocasionado a los administrados se encontraba cobijado por una presunción de legalidad pero, con posterioridad, deviene en antijurídico en razón a que la administración o la jurisdicción reconocen que el mismo era ilegal, siendo retirado del ordenamiento jurídico y, por lo mismo, desapareciendo el deber de los administrados de soportar sus efectos” C.E., Secc. Tercera, auto. 59908, feb. 07/ 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>87</sup> Dijo el Consejo de Estado en lo pertinente: “según la jurisprudencia reiterada de la Sala, en la medida en que en la operación administrativa confluyen actos y hechos administrativos, cuando los hechos constituyen una ejecución regular de lo ordenado por los actos, los daños que hubiera podido causar no son atribuibles al hecho mismo de la ejecución sino al acto administrativo que la ordenó. En esos casos, la acción pertinente para demandar la indemnización de los perjuicios es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que el estudio de la ejecución implica, en realidad, un examen del contenido del acto y, en virtud de la presunción de legalidad que lo cobija, dicho examen sólo puede realizarse por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Al contrario, cuando la ejecución de



- iv) Recibida la demanda en ejercicio de estas acciones, se recomienda revisar los siguientes aspectos:
- Identificar que la causa del daño sea un acto administrativo general y abstracto.
  - Revisar si la parte actora acreditó su legitimación por activa y presentó pruebas que acrediten la existencia de perjuicios derivados de la expedición o ejecución del acto administrativo, según sea el caso.
- v) En el escrito de contestación de la demanda, además de resaltar cualquier aspecto favorable que se derive de la revisión del numeral anterior, según los argumentos que se planteen, se recomienda lo siguiente:
- Reafirmar el deber, necesidad y competencia de la entidad para la expedición del acto administrativo.
  - Aportar y solicitar la práctica de las pruebas encaminadas a desvirtuar el daño, el hecho generador del daño y el nexo causal, como elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Estas pruebas deben encaminarse a demostrar que no hay legitimación en la causa por pasiva; la acción se encuentra caducada; quien demanda no soportó una carga adicional con la expedición del acto; que el acto que se señala como generador del daño no se encuentra anulado o revocado; que no se ejecutó de manera irregular.

#### **d) Lineamientos para la defensa en el medio de control de controversias contractuales**

- i) Los actos administrativos de carácter general y abstracto pueden generar litigiosidad cuando con su expedición se afecte el equilibrio económico de un contrato<sup>88</sup>.
- ii) La jurisprudencia ha señalado que el equilibrio económico del contrato “corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra”<sup>89</sup>.

---

un acto administrativo es irregular, esto es, cuando excedió lo contenido en el acto o cuando no se notificó o se notificó de manera indebida o se ejecutó de manera anticipada, los actos materiales de la ejecución constituyen una operación administrativa ilegal que, en caso de haber causado perjuicios, da lugar a una acción de reparación directa” C.E., Secc. Tercera, sent. 29156, jul. 31/ 2014, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>88</sup> Para mayor detalle sobre los elementos generales del desequilibrio contractual y las causas que lo originan, ver en lo pertinente los lineamientos sobre desequilibrio contractual por Covid-19 expedidos por esta Agencia en septiembre del 2020 <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/lineamientos-desequilibrio-contractual/>.

<sup>89</sup> C.E., Secc. Tercera, Subs. B, sent. 20912, mar. 27/ 2014, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Más adelante se señala en esta sentencia: “Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma”.



- iii) Sin embargo, algunas situaciones posteriores a la celebración del contrato pueden alterar el equilibrio económico del contrato, lo que genera una mayor onerosidad para la parte afectada y, en los términos del artículo 5° de la Ley 80 de 1993<sup>90</sup>, el correlativo deber de restablecer la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.
- iv) El rompimiento del equilibrio económico del contrato puede obedecer a la expedición de actos administrativos generales y abstractos proferidos por una autoridad ajena a las partes (teoría de la imprevisión) o a actos administrativos generales y abstractos proferidos por la autoridad pública contratante (hecho del príncipe)<sup>91</sup>.
- v) En resumen, en estos eventos surge la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato siempre que se altere gravemente su ecuación económica. Esto es, que sobrepase el alea normal de todo negocio y que implique una mayor onerosidad<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Así mismo, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 señala: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

<sup>91</sup> Sobre los conceptos de teoría de la imprevisión y hecho del príncipe, ha señalado el Consejo de Estado: “La Sala considera que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. Con respecto a los otros supuestos de la teoría, la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe. El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general; esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo. (...) La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevisible para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo para los cocontratantes, que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración”. Frente a la teoría de imprevisión, ha señalado que “Se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. (...) Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: 1. La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. 2. Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. 3. Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato. (...) En relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si éste era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de una de las partes contratantes, que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna. Como puede verse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes cocontratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante.” C.E. Sec. Tercera, sent. 14577, may. 29/2003 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>92</sup> Sobre el tema ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado: “Lo dispuesto por el legislador en las anteriores normas, viene a ser la consagración legal de la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que de tiempo atrás fue elaborada e instituida por la jurisprudencia, en reconocimiento del hecho de que, si bien en principio, en materia de contratos funge el principio del *pacta sunt servanda*, conforme al cual el contrato es ley para las partes y debe ser ejecutado en la forma y términos pactados, por lo que las estipulaciones acordadas por ellas al celebrarlo, deben prevalecer durante todo el término de su ejecución, y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; lo que se traduce, en consecuencia, en que una de las partes no puede, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente, y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo”. C.E. Sec. Tercera, sent. 37910, ene. 31/2019 C.P. María Adriana Marín.



vi) Recibida la demanda en ejercicio de esta acción, se recomienda revisar los siguientes aspectos:

- Identificar que la pretensión tenga origen en un contrato estatal.
- Identificar que el acto en cuestión sea general y abstracto.
- Revisar si la parte actora acreditó su legitimación por activa, la existencia de un contrato estatal y si presentó pruebas que acrediten la existencia de perjuicios derivados del acto administrativo.

vii) En el escrito de contestación de la demanda, además de resaltar cualquier aspecto favorable que se derive de la revisión del numeral anterior, según los argumentos que se planteen, se recomienda lo siguiente:

- Aportar y solicitar la práctica de las pruebas encaminadas a desvirtuar, según las circunstancias propias de cada caso, el rompimiento del equilibrio económico del contrato, la ausencia de legitimación en la causa por pasiva o por activa; la caducidad de la acción; que el riesgo era previsible.
- Revisar argumentos utilizados por la entidad en otras demandas que hayan sido exitosas y replicarlos en lo pertinente.

**CAMILO GÓMEZ ALZATE**  
Director General

Revisó: Luis Jaime Salgar Vegalara  
Proyectó: María Fernanda Suárez Celly