

NOTIFICACION - Su ausencia hace que el acto administrativo de ejecución tenga efectos de una operación administrativa / ACTO DE EJECUCION - Indebida notificación. Produce efectos de una operación administrativa, es decir, daños causados por éste deben ser reclamados mediante la acción de reparación directa / INDEBIDA NOTIFICACION - Acto de ejecución. Efectos asimilables a una operación administrativa / INDEBIDA NOTIFICACION - Acto de ejecución. Daños deben ser reclamados mediante acción de reparación directa / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procede contra actos de ejecución que no han sido notificados debidamente

Si el acto administrativo que se encuentra viciado en su publicidad no le produce efectos al destinatario, es conclusión obligada que si lo en él previsto de todas maneras se ejecuta o se lleva a efecto, tal situación no puede tenerse como la consecuencia de un acto administrativo sino como el resultado de una operación administrativa que será ilegal por consistir en la ejecución de un acto que aún no puede producir sus efectos por haberse omitido la notificación o por haber sido ésta indebidamente realizada. Siendo la existencia y la validez del acto cuestiones diferentes a su ejecución, es también lógico concluir que la ilegalidad de ésta no determina la invalidez de aquel y por ende lo que procede en ese caso es cuestionar el acto de ejecución pues es éste quien ostenta el vicio de ilegalidad y con fundamento en ello solicitar la reparación del daño que con él se hubiere causado. Y la acción procedente no es otra que la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, si es que con esa operación administrativa se causó un daño.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 86

ACTO ADMINISTRATIVO - Presupuestos: existencia, validez y eficacia

En los actos administrativos se distinguen los presupuestos de existencia, los presupuestos de validez y los presupuestos de eficacia final.

ACTO ADMINISTRATIVO - Presupuestos de existencia

Los presupuestos de existencia son aquellas exigencias sin las cuales el acto no se configura como tal y por ende no surge a la vida jurídica.

ACTO ADMINISTRATIVO - Presupuestos de validez

Los presupuestos de validez son aquellas condiciones de un acto existente que determinan que sea valorado positivamente por encontrarse ajustado al ordenamiento o, con otras palabras, que si el acto es sometido a un juicio de validez no permiten que le sobrevenga una valoración negativa.

ACTO ADMINISTRATIVO - Presupuestos de eficacia

Los presupuestos de eficacia final son aquellos requisitos indispensables para que el acto existente y válido produzca finalmente los efectos que estaría llamado a producir.

ACTO ADMINISTRATIVO - Presunción de legalidad

Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decreta la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los

efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 64 /

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012).

Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358)

Actor: GERENCIA Y DESARROLLO L TDA.

Demandado: INSTITUTO NORTESANTANDEREANO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO -INORSA-

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 17 de mayo de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 29 de enero de 1999¹ **GERENCIA Y DESARROLLO LTDA.** presentó demanda contra el **INSTITUTO NORTESANTANDEREANO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO -INORSA-** solicitando que se declarara la nulidad de la Resolución 191 del 4 de mayo de 1998 -mediante la cual se impuso una multa por el incumplimiento del contrato 006 de 1997-, así como la declaratoria de que el contratante violó los artículos 44,45,47 Y 48 del Código Contencioso Administrativo y consecuentemente el derecho al debido proceso, al incumplir el procedimiento para la notificación del acto administrativo acusado y al omitir en él la indicación de los recursos que eran procedentes y la autoridad ante quien podían tramitarse.

¹ Folios 2 a 10 del c. No. 1.

Finalmente pide que se condene al accionado a pagar, debidamente actualizado y con los correspondientes intereses, el saldo pendiente del contrato 006 de 1997.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El INORSA, mediante la Resolución No. 191 del 4 de mayo de 1998, impuso al contratista una multa consistente en pagar el equivalente al 1 % del valor del contrato por cada día de retardo.

En la misma fecha en que se expidió la mencionada resolución, el INORSA remitió un oficio al contratista en el que le informó que procedería a hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

El 28 de mayo de 1998, es decir después de vencido el plazo contractual, se suscribió la correspondiente acta de entrega pero en ella no se hizo mención alguna de la resolución sancionatoria.

El 8 de junio de 1998 el contratista recibió una copia de la Resolución No. 191 del 4 de mayo de 1998, lo que dio lugar a que aquel reclamara por lo irregular del procedimiento.

El 16 de julio de ese mismo año el contratista pidió la revocatoria directa de la resolución que impuso la multa argumentando que se habían violado los artículos 44, 45, 47 Y 48 del Código Contencioso Administrativo, solicitud ésta que fue negada por medio de la Resolución No. 283 del 27 de julio de 1998 y luego confirmada la negativa por la Resolución No. 336 del 31 de agosto de 1998 que resolvió el recurso de reposición que se propuso

2. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y notificado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado no le dio respuesta.

Después de decretar y practicar pruebas se corrió traslado para alegar de conclusión, oportunidad que sólo aprovecharon el Ministerio Público y la parte demandante.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 17 de mayo de 2002 el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda.

1. Las razones de la mayoría

Para tomar ésta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Empieza el sentenciador de primera instancia por considerar que el acto demandado no integra un acto complejo con la Resolución No. 336 del 31 de agosto de 1998 y por ende no es procedente acoger la solicitud del Ministerio Público de dictar fallo inhibitorio por inepta demanda.

Seguidamente el Tribunal adecúa a la acción contractual la de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por el contratista.

Afirma el fallador de primera instancia que la entidad contratante inobservó los

artículos 44 y 45 del C.C.A. pues vulneró el derecho del contratista a ser notificado personalmente de la Resolución No. 191 del 4 de mayo de 1998 y en su lugar se fijó un aviso.

Dice también que la entidad contratante vulneró el derecho a controvertir las decisiones de la administración al rechazar la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 191 del 4 de mayo de 1998 argumentando que el contratista había agotado la vía gubernativa cuando en verdad sólo había presentado un escrito que no reunía los requisitos de un recurso de reposición.

Termina su motivación señalando que la indebida notificación de la Resolución No. 191 del 4 de mayo de 1998 no constituye una causal de nulidad del acto demandado y que como quiera que ese es el único vicio que se aduce no se puede decretar la nulidad solicitada.

2. El salvamento de voto

Uno de los miembros de la Sala salvó su voto porque a su juicio debe declararse la ineptitud de la demanda en lugar de adecuar a la acción contractual la de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el actor.

III. EL RECURSO DE APELACION

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso recurso de apelación por estimar que el Tribunal fue incoherente al negar las súplicas de la demanda luego de reconocer que el INORSA había vulnerado los mandatos legales sobre la notificación de la Resolución No. 191 del 4 de mayo de 1998 y que se había omitido señalar en ella los recursos que contra ésta procedían.

Agrega que el Tribunal desconoció que una de las causales de nulidad de los actos administrativos es que su contenido o su expedición vulnere el debido proceso del contratista el cual comprende sus derechos de publicidad, defensa y contradicción.

Insiste finalmente en que la indebida notificación de los actos administrativos sí es una causal de nulidad de estos puesto que tal proceder implica la violación al debido proceso que es una garantía constitucional y además, de no ser así, ¿quién declara y por cuales procedimientos dicha ilegalidad?

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. La Constitución Política prevé que el Estado tiene dentro de su fines esenciales, entre otros, *"servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes*

consagrados"² en ella, que *"la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones,"*³ que *"los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado",*⁴ y que los servicios públicos *"podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares."*⁵

De este conjunto normativo resulta que la actividad del Estado debe, de un lado, estar al servicio de los asociados y, de otro lado, estar encaminada a la prestación de los servicios públicos.

Este objeto de su actividad lo logra la Administración de variadas maneras pero en todo caso, sin importar cuál sea ella, la actuación enderezada a su consecución supone siempre la presencia de un acto administrativo pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, aún en los eventos en que solicita el concurso de los particulares como ocurre por ejemplo en la contratación estatal.

Con el acto administrativo la Administración adopta decisiones unilaterales, a veces de carácter individual, a veces de carácter general y a veces de carácter colectivo⁶, que en todo caso son el producto del ejercicio del poder público en su modalidad de función administrativa.

Ahora, como el acto administrativo es un producto del ejercicio del poder público y como quiera que una de las bases de la organización política colombiana es la democracia participativa, resulta que los asociados pueden y deben poder controlar el ejercicio de ese poder no sólo para asegurar el derecho al debido proceso sino también, de manera fundamental, para hacer prevalecer el interés general.

Pero por supuesto que ese control solamente es posible si el asociado conoce o puede conocer lo que la Administración decide y es por esto que la función administrativa se rige, entre otros, por el principio de la publicidad tal como lo pregonan el artículo 209 constitucional.

En desarrollo de este precepto superior el inciso 7° del artículo 3° del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) ordena que *"en virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley"*, precepto constitucional aquel que ahora encuentra su desarrollo en el nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) al preceptuar que *"En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que*

² Artículo 20.

³ Artículo 209.

⁴ Artículo 365.

⁵ Ibidem.

⁶ Vease Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, sentencia del 14 de marzo de 2012, expediente AP- 2002 -02183. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Carácter Colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y decisión administrativa de licencia urbanística. Revista Digital de derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. No 2

*permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.*⁷

2. En los actos administrativos se distinguen los presupuestos de existencia, los presupuestos de validez y los presupuestos de eficacia final.

Los presupuestos de existencia son aquellas exigencias sin las cuales el acto no se configura como tal y por ende no surge a la vida jurídica.

Los presupuestos de validez son aquellas condiciones de un acto existente que determinan que sea valorado positivamente por encontrarse ajustado al ordenamiento o, con otras palabras, que si el acto es sometido a un juicio de validez no permiten que le sobrevenga una valoración negativa.

Los presupuestos de eficacia final son aquellos requisitos indispensables para que el acto existente y válido produzca finalmente los efectos que estaría llamado a producir.

Ahora, no debe olvidarse que mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decreta la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que *"los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ..."*⁸

Constituyen presupuestos de existencia la expresión del designio o voluntad de la administración, el objeto o materia sobre la cual recae el querer de la administración y la causa o motivo que induce a la decisión de la administración. Son presupuestos de validez el sometimiento del acto al ordenamiento jurídico⁹ y el cumplimiento de las formalidades sustanciales que se exigen para su producción.

Son presupuestos de eficacia final la publicidad del acto, la firmeza jurídica y la ausencia de la pérdida de su fuerza ejecutoria.

Concretamente sobre la publicidad de los actos administrativos como presupuesto de eficacia, el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) dispone que *"los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados..."*¹⁰ Y que *"sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación **ni producirá efectos**"*

⁷ Numeral 9º del artículo 3º.

⁸ Artículo 88.

⁹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Procedimientos Administrativos y Tecnología. Universidad externado de Colombia. Bogotá DC. 2011. Pg 58. El sometimiento a la legalidad de la administración y por lo tanto de sus decisiones guarda a la luz del moderno estado social y democrático de derecho una nueva dimensión: la de su sujeción al ordenamiento jurídico, esto es al del bloque de la legalidad ampliado a partir del respeto y sometimiento incluso del derecho internacional, en especial el de los derechos humanos.

¹⁰ Artículo 43. En este mismo sentido el artículo 65 del nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) expresa que *"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."*

legales la decisión...,¹¹ (resalta la Sala).

Así que entonces, como puede observarse, la publicidad de los actos administrativos no es un requisito para su existencia ni para su validez sino para que ellos puedan producir los efectos a que están destinados.

Con otras palabras, los vicios en la publicidad de los actos administrativos, por no generarse en su producción sino en su comunicación, sólo impactan en su eficacia final y por ello tales hechos jamás pueden aducirse como circunstancias de inexistencia del acto o como causal de invalidez del mismo.¹²

Tal consecuencia, que ahora se reitera en esta providencia, la tiene fijada desde antaño esta Corporación cuando señaló:

"la falta de notificación o la notificación irregular de los actos administrativos, fenómenos que tienen efectos equivalentes según lo preceptuaba el decreto Extraordinario No. 2733 de 1959 y no lo dispone hoy el Decreto Extraordinario No. 01 de 1984, no es causal de nulidad de los mismos; en efecto, dicha notificación es necesaria, cuando así lo señala ley (y lo hace para todos los actos administrativos de contenido particular que hayan culminado una actuación administrativa), como una condición de su eficacia; es decir en tanto constituye una de las etapas del procedimiento que tiene por objeto dar firmeza a la decisión administrativa, la cual -a su turno- es requisito necesario para su ejecución válida. En otros términos la notificación del acto administrativo no dice la relación con su validez jurídica la cual no sufre variación por el hecho de que se haya cumplido con la obligación de notificarlo legalmente o se haya prescindido de dicha diligencia; el acto administrativo que nació viciado no se sanará porque, con posterioridad, se notifique legalmente; y al revés, el acto que nace válido no pierde validez porque se deje de notificar o porque la notificación sea irregular.

Es una simple aplicación del principio según el cual el examen de validez jurídica de los actos administrativos que hace el contra lar jurisdiccional se debe efectuar, por regla general, en el momento de su nacimiento, de modo que las circunstancias posteriores no afectan una situación inicial."¹³

Por consiguiente, si el acto administrativo que se encuentra viciado en su publicidad no le produce efectos al destinatario, es conclusión obligada que si lo en él previsto de todas maneras se ejecuta o se lleva a efecto, tal situación no puede tenerse como la consecuencia de un acto administrativo sino como el resultado de una operación administrativa que será ilegal por consistir en la ejecución de un acto que aún no puede producir sus efectos por haberse omitido la notificación o por haber sido ésta indebidamente realizada.

Siendo la existencia y la validez del acto cuestiones diferentes a su ejecución, es también lógico concluir que la ilegalidad de ésta no determina la invalidez de aquel y por ende lo que procede en ese caso es cuestionar el acto de ejecución pues es éste quien ostenta el vicio de ilegalidad y con fundamento en ello solicitar la

¹¹ Artículo 48. Idéntica previsión contiene el artículo 72 del nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011): *sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión ..."*

¹² Con lo que se ha expresado sobre los presupuestos de existencia, de validez y de eficacia del acto administrativo, el Magistrado Ponente sistematiza lo que expresa en su obra. Cfr. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1. 11, *El Acto Administrativo*, Bogotá, universidad Externado de Colombia, 2008, p. 143-169.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 1996, expediente 2.431.

reparación del daño que con él se hubiere causado.

Y la acción procedente no es otra que la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, si es que con esa operación administrativa se causó un daño, tal como también lo ha advertido esta Corporación:

*"Es verdad jurídica que la no notificación o la notificación o comunicación irregular de un acto administrativo lo hace INEFICAZ. Por ello cuando él se ejecuta, y como consecuencia de esto se causa un daño, la acción procedente es la consagrada en el artículo 86 del C. C. A., esto es, la de reparación directa."*¹⁴

*"Cosa distinta es que la ejecución del acto sea ilegal cuando se hace, por ejemplo, sin que este haya adquirido firmeza, caso en el cual, la ilegalidad de la ejecución conserva su propia individualidad, vale decir que no se extiende al acto administrativo; pueden existir, por consecuencia, ejecuciones ilegales de actos legales o ejecuciones legales de actos ilegales; en el primer caso, debe cuestionar la ejecución; en el segundo se debe atacar el acto; son circunstancias distintas, como que corresponden al hecho y al acto administrativo, respectivamente, que por lo mismo, exige la utilización de mecanismos procesales diversos; la acción de nulidad sola sumada al restablecimiento del derecho, para el caso de los actos; la de reparación directa para las operaciones administrativas de ejecución."*¹⁵

"Por otra parte, entre las múltiples situaciones que dan lugar a la figura de la operación administrativa susceptibles de ser demandadas por vía de reparación directa, se encuentra la relativa a la ejecución anticipada de un acto administrativo, o por no notificarse debidamente, o por falta de notificación o antes de quedar en firme la decisión que desató un recurso, o antes de que transcurra, según su caso, el término para quedar debidamente ejecutoriada."

La Sala ha concluido en varias oportunidades ⁽¹⁶⁾ que la falta o la notificación irregular de un acto como su ejecución anticipada - por regla general - es un hecho irregular que cuando causa un daño a un particular, se le da la calificación de constituir en estricto sentido una operación administrativa ilegal, susceptible de ser demandada en vía de reparación directa.

Si bien en principio el acto jurídico administrativo goza de características propias, exclusivas a esta clase de decisiones, como son las relativas a su carácter ejecutivo y ejecutorio contemplado en el artículo 64 del decreto 01 de 1984, es claro que esta connotación solo la adquiere, cuando la decisión ha sido debidamente notificada v se encuentra en firme, después de todos los pasos exigidos por la ley. ...

La ejecución por la Administración Material de las decisiones que no han cumplido esos requisitos transcritos, genera una conducta ilegal de la Administración, que la jurisprudencia la ubica en una operación administrativa ilegal."

3. En este asunto la sociedad demandante pidió la nulidad de Resolución No. 191 del 4 de mayo de 1998, mediante la cual se impuso una multa por el

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de abril de 1991, expediente 6.602.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 1996, expediente 2.431.

¹⁶ Expedientes 6602 del 17 de abril de 1991; 4315 del 30 de junio de 1992 y 7095 del 17 de agosto de 1995. (La nota corresponde al texto citado).

incumplimiento de un contrato que las partes habían celebrado, y una consecuencial condena al pago de un saldo pendiente, todo con fundamento en que el acto administrativo no fue notificado ni oportuna ni legalmente y que por ende se violó, entre otros, el derecho de defensa.

Esta *causa petendi* por sí sola determina, de conformidad con lo que atrás se expresó, que las pretensiones este n llamadas a fracasar porque la notificación de un acto administrativo es un presupuesto de eficacia final y por ende los vicios en su publicidad nada tienen que ver con su existencia o con su validez y por lo tanto no conducen a su nulidad.

Como el Tribunal arribó a la misma conclusión y basándose en ello negó las pretensiones de la demanda, la sentencia apelada será confirmada.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente