

LA VIA GUBERNATIVA

Versión Magnetofónica

Dr. Oscar Aníbal Giraldo Castaño
Miembro
Tribunal Administrativo de Antioquia

El tema será analizado con las referencias necesarias a la legislación anterior, especialmente al Decreto 2733 de 1959, artículos 13 y siguientes.

I

La vía gubernativa se ha entendido:

1o.) Como el conjunto de actuaciones que deben cumplirse ante la administración misma, con el fin de obtener su sometimiento a la ley. En este sentido se habla de **control gubernativo de legalidad**:

Se tiene entonces la vía gubernativa como un privilegio en favor de la administración, porque, en razón de las peticiones y recursos que presenta el administrado, tiene la oportunidad de corregir sus propios errores. Pero, también, puede favorecer al administrado, porque, si a través de las peticiones y recursos obtiene lo que pretende, evita la pérdida de tiempo y dinero que implica el tener que recurrir ante la vía jurisdiccional.

2o.) En sentido procesal: Se entiende la vía gubernativa como el resultado de la actuación cumplida ante la administración, como requisito para poder recurrir ante la vía jurisdiccional. En este sentido se dice que el agotamiento de la vía gubernativa es un requisito de procedibilidad, porque es indispensable para poder recurrir ante la jurisdiccional —En los anteriores conceptos seguimos al doctor Carlos Betancur Jaramillo: conferencia dictada en el Colegio Antioqueño de Abogados—.

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo anterior tenía establecido como norma general que “Para recurrir en demanda ante lo Contencioso Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa. . .”.

Y el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959:

“Para todos los efectos legales a que haya lugar, se entenderá agotada la vía gubernativa, cuando las providencias o actos respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo décimo tercero, o estos recursos ya se han decidido, ya se trate de providencias o actos definitivos, o de trámite si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan fin o hagan imposible la continuación.

“PARAGRAFO. Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores, se entienden negados por haber transcurrido un plazo de un (1) mes sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos” (Veremos cómo el silencio administrativo ya no se toma como **agotamiento de la vía gubernativa**).

También se aceptaba, como evento de agotamiento de la vía gubernativa, el

transcurso de los **dos años** previstos en el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 (relacionado con el 36 de la Ley 63 de 1967), sin que la administración se hubiere pronunciado definitivamente sobre el recurso interpuesto. Se consideró que si, vencido el término, la administración no procedía a darle forma favorable al recurso interpuesto (de acuerdo con la disposición legal), podía recurrir el contribuyente ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa (en cualquier tiempo).

Actualmente debe tenerse en cuenta el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, que dice:

“Para que los particulares puedan ocurrir ante los organismos de la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo a solicitar la nulidad de actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto será necesario:

- 1.— Que se haya agotado la vía gubernativa, o
- 2.— Que las autoridades no hubieren dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes, o
- 3.— Que se haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos”.

II

RECURSOS:

A. ARTICULO 50: “Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque;
2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito;

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación. El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”.

El artículo 13 de la reglamentación anterior (Decreto 2733 de 1959) se limitaba a decir:

“Salvo disposición especial en contrario, por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:

1o. El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque.

2o. El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto”.

Esto es: la reglamentación actual **incluyó** lo referente al recurso de queja.

Creemos que se puede prestar a equívocos la enumeración prevista en el ordinal 2o. (artículo 50), pues podría pensarse que únicamente quedan excluidas del recurso de apelación las decisiones tomadas por los funcionarios allí indicados, cuando lo obvio es que **no procede la apelación cuando la decisión fue tomada por el superior**. Por lo tanto, **tampoco hay lugar a la apelación cuando la decisión es tomada por el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, los contralores departamentales o municipales, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Gobernador o el Alcalde, cuando actúan como máxima autoridad administrativa, etc.**

B. ARTICULO 51: “De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición. Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios”.

La reglamentación anterior tenía dispuesto:

Artículo 14: “De uno y otro recurso ha de hacerse uso, por escrito, dentro de los cinco días útiles siguientes a partir de la notificación personal o de la desfijación del edicto, o de quince días contados desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, para el caso previsto en el parágrafo primero del artículo undécimo.

“Transcurridos estos plazos sin que se hubiere interpuesto recurso, la providencia quedará ejecutoriada”.

Artículo 15: “El recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas” —se observa redacción más precisa que la del inciso final del artículo 51, según el cual “los recursos de reposición y de queja no son obligatorios”, sin decir para qué.

Artículo 16, inciso 1o.: “El recurso de apelación puede interponerse directamente, o como subsidiario de la reposición. . .”. Es decir: El administrado tiene una sola oportunidad: Si se interpone directamente el de apelación está renunciando al de reposición, para lo cual está autorizado (inciso final); si quiere interponer ambos recursos, debe presentar el de reposición como principal y el de apelación como subsidiario. No puede presentar el de reposición y esperar a que le decidan para interponer el de apelación, si la decisión le es adversa.

Tal como lo establece el artículo 51, inciso 4o., si el administrado deja vencer los términos, sin interponer los recursos, “la decisión quedará en firme”; si era procedente el recurso de apelación (obligatorio, pues los facultativos son los de **reposición y queja**) **NO QUEDA AGOTADA LA VIA GUBERNATIVA**, no se cumple la condición prevista en el numeral 1 del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, y, en consecuencia, no se abre la vía jurisdiccional: Si el administrado presenta demanda la Jurisdicción Contenciosa Administrativa debe inadmitirla; y si, por error, es admitida, debe declararse inhibida para fallar de fondo (antes se decía que la vía gubernativa quedó agotada en forma indebida).

C. En cuanto a los REQUISITOS, dice el artículo 52:

“Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido; y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad y con indicación del nombre del recurrente;

2. Acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber; y garantizar el cumplimiento de la parte de la decisión que recurre cuando ésta sea exigible conforme a la ley;

3. Relacionar las pruebas que se pretende hacer valer.

4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente. Sólo los abogados en ejerci-

cio podrán ser apoderados; si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar esa misma calidad de abogado en ejercicio, y ofrecer prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de tres (3) meses; si no hay ratificación, ocurrirá la perención, se hará efectiva la caución y se archivará el expediente”.

Podemos afirmar que la reglamentación es nueva, como que el Decreto 2733 de 1959, artículo 14, sólo hacía referencia al término y a que fuera presentado por escrito, requisitos incluidos en el artículo 51, inciso 1o.

Según lo dispuesto en el artículo 55, “Los recursos se concederán en el efecto suspensivo”, lo que indica que, entre tanto, la decisión no queda en firme, no se puede hacer cumplir, no es exigible, por lo que la parte final del numeral 2 “y garantizar el cumplimiento de la parte de la decisión que recurre **cuando ésta sea exigible conforme a la ley**” —ordinariamente no tendrá operancia práctica— aun más: el administrado puede impugnar **toda la decisión**, para evitar la obligación de acreditar pago o cumplimiento alguno.

D. El artículo 53 establece que “Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo; contra el rechazo del recurso de apelación procederá el de queja”.

E. El artículo 54 se refiere a una especie de desistimiento tácito: “De los recursos podrá desistirse en las condiciones del artículo 13 de este Código”. Y el artículo 13 establece que “Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documentos o las informaciones de que tratan los artículos anteriores, no da respuesta en el término de dos meses. Acto seguido se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud”. Creemos que la referencia no es adecuada porque, como es obvio, no sólo procederá el desistimiento tácito, sino también el desistimiento **expreso**, autorizado también por las peticiones presentadas en interés general, artículo 8o. (sólo que en este caso las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria para el interés público) o en interés particular (el artículo 9o. parte final, dice: “A éstas se aplicará también lo dispuesto en el capítulo anterior”).

Según lo dispuesto en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, los recursos de reposición y apelación se resuelven de plano, salvo que al interponer el de apelación se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que haya de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio, con la observación de que son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil, artículo 57. Las pruebas deben practicarse en un término no mayor de 30 ni menor de 10 días, prorrogable por una vez, sin que, con la prórroga, el término pueda exceder de 30 días, artículo 58. (el mismo artículo 57 establece que los gastos que ocasione la práctica de una prueba serán de cargo de quien la pidió. Si son varios, o se decreta de oficio, se distribuirán en cuotas iguales entre todos los interesados).

III

CUANDO SE ENTIENDE AGOTADA LA VIA GUBERNATIVA

Previamente debemos anotar que el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo dice:

“Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso;
2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido;
3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos;
4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos”.

Y el artículo siguiente establece:

“El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja”.

En otros términos, se entiende agotada la vía gubernativa:

- a.— Cuando contra los actos administrativos no procede ningún recurso, o
- b.— Cuando los recursos interpuestos fueron decididos, y de ello fue notificado el interesado (como es obvio), y
- c.— Cuando no fueron interpuestos los recursos de reposición y queja: debe recordarse que estos recursos **no son obligatorios**, artículo 51, inciso final. Lo que indica que el de apelación, cuando procede, si lo es. Como lo anotamos, si el interesado no interpuso el recurso de apelación (siendo procedente) quiere decir que no agotó la vía gubernativa, y, consecuentemente, no podrá ocurrir ante los organismos de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a solicitar la nulidad del acto, artículo 135, numeral 1.

IV

EN QUE CASOS NO PROCEDE NINGUN RECURSO CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO

Del artículo 63, relacionado con el 62, y con los otros artículos del Código Contencioso Administrativo especialmente de la primera parte (sobre procedimientos administrativos), podemos afirmar que no procede recurso alguno contra

el acto administrativo (no hay lugar a agotamiento de la vía gubernativa), en los siguientes casos:

a.— Cuando se trata de procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y de cosas (artículo 1o., inciso 3).

b.— Cuando se trata del ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción (mismo artículo, inciso final).

c.— Con relación a los actos regla: Según el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo:

“No habrá recurso contra los actos de carácter general. . .”.

d.— Tratándose de la acción electoral: Según lo dispuesto en el artículo 227 del Código Contencioso Administrativo, “Podrá cualquier persona ocurrir **en demanda directa** por vía jurisdiccional contra los actos de las corporaciones electorales. . .” Además, según lo dispuesto en el artículo 136, inciso final, “La acción electoral caducará en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquél en el que se verifique el acto por medio del cual se declara la elección o se expida el nombramiento”.

Fuera de los casos indicados (en que hay acto administrativo), tampoco procede el agotamiento de la vía gubernativa:

1.— Tratándose de la acción de reparación directa, cuando la causa de la petición sea un hecho, o que se repare el daño por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos, artículo 86 —el mismo artículo autoriza la acción de reparación directa y cumplimiento “cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad: Creemos que en este evento también debe aceptarse que no es necesario demostrar que se agotó la vía gubernativa—.

2.— Con relación a los contratos administrativos, interadministrativos y de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, cuando se pide un pronunciamiento sobre su existencia o validez, o que se decrete su revisión, o que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él (artículo 87, inciso 1o.).

V

OBSERVACIONES FINALES:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1o., las normas de la primera parte

del Código se aplican a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes y a las entidades descentralizadas, lo mismo que a las **entidades privadas** cuando unos y otras cumplan funciones administrativas (reciben el nombre genérico de "autoridades").

El inciso 2o. aclara que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por ellas; pero es importante la parte final, al disponer que "en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles" — ya indicamos que tales normas no se aplican a los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, ni para ejercer la potestad de libre nombramiento y remoción, incisos 3o. y 4o.

Este artículo debe relacionarse con el 81, que dice:

"En los asuntos departamentales y municipales, se aplicarán las disposiciones de la parte primera de este Código, salvo cuando las ordenanzas o los acuerdos establezcan reglas especiales en asuntos que sean de competencia de las asambleas y concejos".

Es decir: Al igual que la reglamentación anterior, la prevista en el Código Contencioso Administrativo es de carácter general y, por lo tanto subsidiaria— prevalece la reglamentación especial, pero en lo no previsto en ella (la especial) se aplican las normas que sean compatibles (por ejemplo: El procedimiento previsto en el artículo 42)—.

NOTA: Todas las subrayas son del autor.