

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DEL PAGO PREVIO -*Solve et repete*

A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de marzo de 1987*

Ricardo Hoyos Duque**

INTRODUCCION

SUMARIO

Introducción. 1. La autotutela administrativa. 1.1. La autotutela declarativa o ejecutividad. 1.2. La autotutela ejecutiva o ejecutoriedad. 1.3. La autotutela en segunda potencia o reduplicativa. El principio "solve et repete". 2. La situación en el derecho colombiano. 2.1. La autotutela. 2.2. El pago previo en la vía gubernativa. 2.2.1. La sentencia de la Corte Suprema de justicia del 12 de marzo de 1987. 2.3. El pago previo en la vía jurisdiccional.

A raíz de la sentencia del 12 de marzo de 1987, dictada por la Corte Suprema de Justicia y en virtud de la cual se declara la inexecutable de la exigencia del pago previo a la interposición de recursos en la vía gubernativa en un caso

* Texto de la Conferencia dictada en el Tercer Seminario de Derecho Público, Universidad de Medellín, octubre 5, 6 y 7 de 1988.

** Doctor en Derecho de la U. de A., Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia. Profesor Asociado de Derecho Administrativo, U. de A.

específico, concebida tradicionalmente como una prerrogativa de la administración que busca evitar dilaciones en el recaudo de las obligaciones a cargo del administrado, otro de los muchos *dogmas* del Derecho Administrativo, que es necesario superar como lo fue en su momento el de la irresponsabilidad del Estado y lo sigue siendo en nuestro país, en relación con la actividad jurisdiccional, nos proponemos hacer en esta ponencia un examen de los poderes de autotutela de la administración (declarativa y ejecutiva), previa ubicación histórica del tema. Para tal efecto, se hará una revisión bibliográfica del Derecho Comparado (doctrina, legislación y jurisprudencia); en una segunda parte se confrontará con la situación del Derecho Colombiano.

INTRODUCCION

Las claves históricas del derecho administrativo, ponen de presente su claro sabor monárquico o autoritario. Específicamente, en lo que toca con la posición privilegiada de la administración frente a los Tribunales, hecho que dio lugar al surgimiento de una jurisdicción especializada (el Consejo de Estado Francés), y por esta vía a un derecho especial (el administrativo), la situación anotada se patentiza en forma dramática.

En el Antiguo Régimen, período de la monarquía que antecedió a la Revolución Francesa, administración y justicia se consideraban derivaciones de un mismo sujeto, un mismo poder, y por lo tanto, con idéntico rango y fuerza. Esta apreciación comportaba dos consecuencias importantes:

1. Cuando el monarca actúa no precisa que sus actos deban ser respaldados por los Tribunales y,
2. Los Tribunales no poseen frente al monarca las mismas facultades que tienen en relación con los súbditos.

Los revolucionarios franceses, influenciados por la inercia de la administración real y con el propósito de excluir a los jueces de la fiscalización de su labor, en razón de la experiencia vivida con los parlamentos, jueces de época quienes en la fase final de la monarquía se opusieron como estamento nobiliario a las transformaciones que pretendían introducirse, formulan una interpretación "heterodoxa" en la Asamblea Constituyente del principio de separación de poderes adoptado del sistema inglés:

"Las funciones judiciales son y continuarán siendo separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricato, inmiscuirse de ninguna manera en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos los funcionarios de la administración por razón de sus funciones".
(Ley 16 del 24 de agosto de 1790).

Posteriormente, en la Constitución Francesa de 1791 (art. 30), esta disposición fue elevada a rango constitucional ¹.

Por esta vía, las controversias que pudieran suscitarse entre los particulares y la administración se remitían a ésta en una especie de autocontrol: Es el principio *juger l'administration c'est encore administrer* (juzgar a la administración sigue siendo administrar).

Cuando se configura la "jurisdiccionalización", por llamarlo de alguna manera, de los órganos encargados de vigilar la conducta de la administración al separarse la administración activa y el Contencioso Administrativo (Ley del 24 de mayo de 1872). "La Inserción de esta Jurisdicción en el Comportamiento del sujeto administración habrá quedado fijada por la experiencia precedente: No tendrá en absoluto sobre la administración los poderes comunes de los Tribunales sobre los sujetos sometidos a ellos, sino que se limitará al enjuiciamiento *ex post* de las actuaciones administrativas, las cuales pueden producirse por propia autoridad, sin la previa declaración judicial de pertinencia, tanto en el ámbito declarativo como en el ejecutivo y ese enjuiciamiento *a posteriori* habrá quedado configurado sobre la técnica impugnatoria analítica de actos o reglamentos, que además no suspende la ejecución de los mismos" ².

1 RODRIGUEZ R., Libardo. *Derecho Administrativo*. 2a. ed. Editorial Temis, 1985. p. 19. Alexis de Tocqueville, en su obra "El Antiguo Régimen y la Revolución" sostiene que pese a la ruptura que significó la Revolución con el orden establecido, algunas tendencias ya iniciadas bajo el Antiguo Régimen, se proyectaron en el período posterior. Particularmente, sobre el problema de la Justicia Administrativa expresa:

"Se establece como máxima de Estado, no en las leyes sino en el espíritu de quienes las aplican, el principio de que todos los litigios con interés público o que surjan de la interpretación de un acto administrativo no son de la competencia de los jueces ordinarios, cuya única función es la de resolver los litigios entre intereses particulares. En esta materia no hemos hecho más que encontrar la fórmula: la idea pertenece al Antiguo Régimen" *(las subrayas no son del texto)*. Madrid, Alianza Editorial, 1982. T. I. p. 91-92.

2 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, 4a. ed. Edit. Civitas, 1983. T. I. p. 463 y ss.

Situación distinta se presenta en el sistema anglosajón (*rule of law*) donde jurídicamente no existe el derecho administrativo, entendido éste, al decir de Rivero, como el conjunto de normas derogatorias del derecho privado o común y tribunales especiales para fiscalizar la conducta de la administración, elementos que tipifican el llamado régimen administrativo francés.

1. LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

No cabe duda, que la justicia administrativa hoy día, constituye verdadera actividad jurisdiccional, cumplida por órganos independientes de la administración, lo cual significa que el modelo histórico que se ha descrito ha sido superado.

A pesar de esta afirmación, es indudable también que la administración goza frente a los tribunales de un formidable privilegio posicional que de alguna forma evoca su raigambre monárquica, cuya explicación la moderna doctrina estructura como un sistema de autotutela. "En el ámbito del derecho administrativo, en las relaciones jurídico administrativas, impera la autodefensa en su forma más absoluta"³.

Mientras la autodefensa constituye la excepción en las relaciones entre particulares, (v.gr. derecho de retención, estado de necesidad, legítima defensa, etc.), o lo que es lo mismo, rige la *heterotutela* que impone la necesidad de acudir a tribunales independientes, a través de un proceso declarativo (carga, en sentido procesal), a fin de obtener la correspondiente sentencia que a modo de título concrete su derecho y, si la resistencia persiste, formular una segunda pretensión con miras al cumplimiento de lo decidido (proceso ejecutivo), la situación de la administración pública es diferente, en razón del aludido fenómeno de autotutela.

Bien dice el profesor De Laubadere, al hablar de los privilegios de la decisión previa y ejecución de oficio (ejecutividad y ejecutoriedad, en la terminología de la doctrina española, argentina, uruguaya y venezolana): "No se puede entender bien en qué consisten, sino es oponiéndolos a los mecanismos de que disponen los particulares para hacer valer sus derechos: Cuando un particular se pretende titular de un derecho frente a otro particular y éste controvierte ese derecho y se opone a su realización, el primero está obligado a dirigirse a un juez a fin de obtener, de una parte, la constatación jurisdiccional de su derecho, y de otra parte, el título ejecutivo que resultará del juzgamiento y le permitirá provocar la

La regla general allí, es la ejecución por vía judicial de las pretensiones administrativas, en una especie de control previo o *a priori* de la legalidad de su actuación. Precisamente esos formidables privilegios hicieron que los juristas ingleses desde Dicey rechazaran la existencia del derecho administrativo, en razón del vestigio histórico de absolutismo que lo fundamenta. Se trata de dos sistemas jurídicos diferentes. Cfr. Jean Rivero *Derecho Administrativo*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público. p. 14; Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, 6a. ed. Edit. Tecnos, 1979. T. I, p. 53 y ss.

(3) GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Bogotá. Edit. Temis, 1985. p. 3.

intervención de la fuerza pública; nadie, se dice, puede hacerse justicia por sí mismo".

"Son esos principios, los que en derecho administrativo, se encuentran descartados por los privilegios de lo previo y de la ejecución de oficio"⁴.

Esto significa, que la autotutela administrativa se desénuvuelve en dos niveles:

1.1. *La Autotutela Declarativa o Ejecutividad*: La administración pública en la realización de sus fines, para satisfacer las necesidades colectivas, puede tomar decisiones que unilateralmente impongan obligaciones a los administrados, las cuales resultan obligatorias para éstos sin la previa homologación judicial⁵.

Es el particular afectado con la medida, quien queda gravado con la carga de acudir ante el juez⁶, por lo demás, en términos fugacísimos de caducidad que se computan en meses, si se quiere destruir la obligatoriedad y eficacia que se deriva de dicho acto. Esta peculiaridad que acerca el contencioso-administrativo a los recursos procesales, deriva de su concepción como segunda instancia frente a la decisión inicial de la administración. De ahí la denominación anacrónica de *recurso* contencioso administrativo del derecho francés y español, que a nuestro modo de ver, resulta inadecuado y sólo se explica por razones históricas.

4 *Traite de Droit Administratif*. 8e., Paris, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1980, p. 336.

5 Hay quienes consideran, sin embargo, que "esa facultad de crear e imponer obligaciones y derechos es común a todos los actos públicos" (Ley, sentencia, acto administrativo). Véase José María Boquera Oliver, *Estudios sobre el Acto Administrativo*. 2a. ed., Madrid, Edit. Civitas, 1984. p. 242. González Pérez se refiere a esta situación como autodefensa de primer grado. Por autodefensa de segundo grado entiende la revisión de oficio de los actos administrativos (revocación directa en la terminología de la legislación nacional, art. 69 y ss. del C.C.A.).

6 El desplazamiento de la *carga de accionar* no implica el de la *carga de la prueba*. En materia sancionatoria, por ejemplo, esta última carga debe soportarla la administración de acuerdo con el principio general de derecho de que toda persona se presume inocente hasta tanto no se le pruebe la comisión de una infracción y su culpabilidad. Resultaría absurdo, gravar al afectado con la carga de probar su inocencia, afirmación indefinida, cuya prueba puede resultar "diabólica" o imposible y que legalmente está exenta de prueba (art. 177 C. de P.C.).

El particular puede fundar su acusación contra la sanción administrativa, en la simple razón formal de que no existe prueba de su culpabilidad, sin que nada valga contra esa afirmación el conocimiento privado del titular de esa potestad. Igualmente, frente a una deficiente actividad probatoria de la administración puede beneficiarse del *in dubio pro reo*, cuyo carácter universal se extiende a todo el derecho punitivo. Cfr. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *op. cit.*, T. II. P. 478. También, sentencia del 7 de marzo de 1985, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, ponente: Manuel Gaona Cruz, en revista *Jurisprudencia y Doctrina*, 1985, p. 428 y ss.

Sobre la discutida existencia de principios autónomos del derecho administrativo en materia sancionatoria, pueden consultarse los autores antes citados, T. II. p. 161 y ss., así como la Ley 13 de 1984, artículo 1o.

Además, la sola impugnación no tiene efectos suspensivos, medida cautelar que sólo procede en los supuestos previamente tasados por la ley. El acto administrativo se beneficia así de una presunción de legalidad *juris tantum* que lo hace obligatorio por sí solo, con lo cual se diferencia de la sentencia y su efecto de cosa juzgada que es definitivo, por cuanto esa presunción no excluye la posterior intervención de los tribunales, a instancias del afectado, con miras a desvirtuar esa legalidad que lo ampara.

Se quiere significar así, la capacidad de modificación de situaciones jurídicas que tiene la administración, y por consiguiente el carácter obligatorio que revisan sus actos. La *decisión exécutoire* constituye el acto típico de la administración, en el cual aparece la originalidad de la actuación administrativa que unilateralmente crea o impone obligaciones a los administrados, a diferencia de lo que sucede en los procedimientos del derecho privado, que reposan sobre la técnica del acuerdo de voluntades. Decir, pues, que el acto administrativo es ejecutivo es tanto como afirmar que es obligatorio y debe cumplirse, independientemente de su contenido.

Expresivamente la doctrina francesa se refiere a este fenómeno como el privilegio de lo previo (*privelege du préalable*), en un doble sentido: La decisión administrativa no requiere de un control judicial *a priori* para ser obligatoria y, ese control sólo es posible cuando la administración ha decidido previamente. Se habla así, del carácter subsidiario o revisor de la justicia administrativa.

1.2. *Autotutela Ejecutiva o Ejecutoriedad*: Constituye un *plus* en relación con la ejecutividad. Aquí la administración puede proceder por sí misma a realizar el contenido de sus actos, mediante el uso de la coacción, si es necesario.

A pesar de la similitud fonética y que frecuentemente son usados como sinónimos, no pueden confundirse la ejecutividad y la ejecutoriedad. Al respecto expresa Guido Zanobini: "La ejecutividad es propia de cualquier acto administrativo en cuanto significa la condición del acto que puede ser ejecutado. Ejecutividad equivale, por lo tanto, a eficacia en general... La ejecutoriedad es propia solamente de los actos que imponen deberes positivos o negativos: Ella presupone que el acto sea ejecutivo, es decir eficaz, y consiste en un modo particular de comportarse de tal eficacia que no tiene razón de ser sino en los actos de esta categoría: La posibilidad para la administración de realizar el contenido del acto con el uso inmediato de medios coercitivos"⁷.

Precisamente por la analogía fonética entre esas expresiones, que induce a confusión, a más de que el término ejecutoriedad no tiene cabida en el Diccionario de la Lengua Española, Garrido Falla considera conveniente el abandono absoluto de éste, y en su lugar a la manera de la doctrina francesa hablar de ejecución forzosa o acción de oficio. Así, "se habrá ganado no sólo desde el punto de vista gramatical, sino incluso desde el punto de vista técnico, puesto que del examen de un pretendido *carácter objetivo* de los actos administrativos habremos desplazado la cuestión a su lugar adecuado: El estudio de una especial prerrogativa -punto de vista *subjetivo*- de la administración pública, la de pasar por sí misma, sin intervención previa de los tribunales, a la ejecución forzosa de sus actos, incluso empleando la coacción". (Las subrayas son del original)⁸.

Es importante destacar que con este enfoque se produce una rectificación frente a quienes consideran la ejecutoriedad característica o elemento esencial del acto administrativo, cuando es lo cierto que muchos actos se agotan con la sola emisión, sin que sea necesario ningún acto o hecho de ejecución posterior⁹.

A pesar de la diferencia que existe entre la autotutela declarativa y la ejecutiva, hay sin embargo, relación entre ellas. En efecto. A través del acto administrativo (acto jurídico), la administración determina cómo debe aplicarse la norma a un caso individual. Esa declaración previa de voluntad (autotutela declarativa) afirma que el caso en cuestión ha sido examinado y cabe dentro de las previsiones legales. Si de dicho acto se generan obligaciones para el administrado, en caso de resistencia a las mismas, éste se verá sometido a actos materiales que buscan la realización del contenido de la voluntad jurídica (autotutela ejecutiva).

Condición de la ejecución es el acto jurídico previo, constancia formal e inequívoca que da certeza sobre el derecho que se pretende realizar. Así como de la ejecución jurisdiccional se afirma que no es posible sin título ejecutivo (*nulla executio sine titulo*), lo propio puede decirse de la ejecución administrativa.

8 *Tratado de Derecho Administrativo*. 8a. ed. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982. Vol. I, p. 583.

9 Véase Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4a. ed., Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., 1974. T. I. p. 490, nota 3. García de Enterría y Fernández, *op. cit.* T.I. En el mismo sentido, Georges Vedel: "Sería un error creer que, por definición, una decisión ejecutoria puede ser ejecutada por la fuerza... debe quedar bien claro que el primer efecto, desde el punto de vista jurídico, efecto esencial de una decisión ejecutoria es el modificar unilateralmente el ordenamiento jurídico. Pero este efecto, que es uno de los aspectos de la ejecución de la decisión, no supone por sí mismo el empleo de la fuerza; el nombramiento de un funcionario, un reglamento de policía, tienen como primer efecto el crear derechos y obligaciones, y este efecto se adquiere con independencia del problema de la ejecución forzosa". *Derecho Administrativo*. Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980. p. 167-168.

7 *Curso de Derecho Administrativo*, Parte General, T. I., Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954. p. 373 y 374.

“Es así como el administrado no está obligado a calcular el impuesto que debe pagar y no puede obligársele (sic) por la fuerza material a pagarlo, antes de que el monto del impuesto sea calculado y precisado por un acto jurídico del órgano administrativo competente. De igual manera, el funcionario que haya cometido una falta disciplinaria no puede ser obligado a sufrir pena disciplinaria (sic) antes que su falta haya sido comprobada y la pena infligida por un acto jurídico que emane el organismo competente. De manera análoga en la función jurisdiccional, no se puede pasar a la ejecución de una pena antes de que el crimen haya sido verificado y se haya pronunciado sentencia... El acto administrativo, ocupa *mutatis mutandis*, en la función ejecutiva, el lugar que el fallo del Tribunal tiene en la función jurisdiccional (Mayer). En efecto, por el acto administrativo, la administración “afirma públicamente su intención y su derecho de pasar a la ejecución” (Hauriou)¹⁰.

Como modalidades de la coacción administrativa o medios de ejecución forzosa, tradicionalmente se enumeran los siguientes:

a) El apremio sobre el patrimonio.

La administración está facultada para el cobro directo de las deudas liquidadas a su favor, principalmente de carácter fiscal o contributivo, llegando inclusive al remate de bienes.

b) La ejecución subsidiaria

Cuando se trate de obligaciones que no tengan carácter personalísimo, ante la renuencia del obligado, pueden realizarse por los agentes de la administración u otra persona, a costa del obligado.

10 MICHEL STASSINOPOULUS. *El Acto Administrativo*. Bogotá, publicaciones Jescá, 1981. p. 8 y 9. Para Otto Mayer, la ejecución está en línea directa de continuación del acto ejecutado. García de Enterría y Fernández, op. cit. T. 1., p. 714. En el mismo sentido González Pérez: “El uso de los mecanismos ejecutivos por parte de la administración requiere el acto administrativo legitimador”. *Op. cit.*, p. 5.

A pesar de la asimilación que se hace por la doctrina alemana que se cita en el texto, es necesario precisar que el acto administrativo no adquiere una fuerza comparable a la de la cosa juzgada de la sentencia. Se habla así, por algunos de la “autoridad de cosa decidida”, sin que esto signifique la exclusión del ulterior control jurisdiccional. Cfr. Vedel, *op. cit.* p. 166 y 167.

La inexistencia del acto o el exceso en la ejecución con relación a éste, configuran una coacción ilegítima que el derecho comparado engloba bajo el concepto de *vía de hecho*, cuya principal consecuencia, a modo de sanción, es considerar que no se está frente a una actuación administrativa y despojar a la administración de su fuero judicial (juez contencioso administrativo, su juez natural) para someter la controversia a los jueces ordinarios.

En Colombia, en tanto no se desprende esa consecuencia, se ha considerado inútil aludir a ese concepto. Máxime, si se tiene en cuenta que absurdamente y de conformidad con el art. 83 del C.C.A., la *vía de hecho* se considera acto administrativo. Cfr. Libardo Rodríguez R., *op. cit.* p. 170.

c) La multa coercitiva

No tiene carácter retributivo ya que pretende única y exclusivamente forzar el cumplimiento de lo ordenado. No constituye sanción propiamente y por ello difiere de la multa-sanción. De ahí que sean compatibles, sin que su aplicación simultánea vulnere la prohibición establecida por el principio *non bis in idem*. No se trata de sancionar la resistencia al cumplimiento del acto administrativo, sino remover esa resistencia, forzando su cumplimiento.

Las multas impuestas podrán cobrarse a través del procedimiento de apremio sobre el patrimonio.

d) La compulsión sobre las personas

Significa el empleo de la fuerza sobre las personas, en detrimento de su libertad. Básicamente se limita al evento de obligaciones de hacer, de carácter personalísimo. Además, se exige que la ley la autorice expresamente. Se cita como ejemplo la prestación del servicio militar obligatorio.

La diversidad de estos medios nos permite afirmar, que la ejecución forzosa administrativa es más amplia que la procesal, que se limita a la ejecución sobre el patrimonio¹¹. Para Dromi, hay una ejecución o ejecutoriedad judicial o indirecta (propia o mediato) que es la regla general. También hay una ejecutoriedad administrativa o directa (impropia o inmediata) que es la excepción. Procede sólo en los casos expresamente establecidos por la ley.

Otra forma de manifestación del privilegio de autotutela ejecutiva sería el relativo a la ejecución de las decisiones judiciales proferidas contra la administración, reservada a ella misma y la prohibición de embargos o ejecuciones patrimoniales contra el Estado. Situación que en el caso colombiano ha variado sustancialmente, a partir de la expedición del Nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984, art. 177)¹².

11 Se alude a la diferencia establecida por Guasp entre ejecución personal que recae sobre la persona del ejecutado y ejecución patrimonial, que recae sobre los bienes del sujeto pasivo de la ejecución. Cfr. Garrido Falla, *op. cit.* p. 585.

12 Sobre este punto, véase nuestro artículo Cumplimiento y Ejecución de Sentencias, en Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, números 105-106. 1984. p. 101 y ss.

Este especial sistema de prerrogativas es el que explica y justifica el conjunto de garantías en favor del administrado, que ha creado el derecho.

1.3. La Autotutela en Segunda Potencia o Reduplicativa. El Principio "Solve et Repete".

Bajo este concepto, y siguiendo en ello a Benvenuti, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández engloban la autoprotección que se superpone en un segundo plano sobre la autotutela declarativa y ejecutiva y que carece de toda justificación. Modalidades de esta serían: La obligatoriedad de interponer los recursos gubernativos, como requisito de procedibilidad que permite el acceso al control jurisdiccional; la existencia de una potestad sancionatoria directa de la administración, mediante la cual puede ésta reaccionar frente al incumplimiento de los administrados de sus obligaciones hacia ella, sin necesidad de obtener esa sanción de los Tribunales (no sólo está eximido de los procesos declarativo y ejecutivo, sino que funge de Juez Represivo). Por último, se alude al principio "solve et repete" en virtud del cual se condiciona la posibilidad de recurrir contra los actos administrativos que declaran (por vía tributaria o sancionatoria, especialmente) una deuda pecuniaria de un particular frente a la administración al previo pago de la cantidad importe de dicha deuda¹³.

Tradicionalmente, se ha considerado este último supuesto como una mera aplicación de la ejecutoriedad¹⁴. Sin embargo, miradas las cosas con más detenimiento se puede concluir que es una *situación nueva* que condiciona la admisión del recurso en contra del acto declarativo de una obligación pecuniaria a cargo del administrado, a su efectiva satisfacción. En tanto que la autotutela ejecutiva (ejecutoriedad) sólo llega a facultar a la administración para el recaudo forzoso del crédito frente al deudor renuente, aunque el particular utilice los recursos procedentes. De ahí que Garrido Falla afirme que es erróneo considerar esa exigencia como algo próximo o remoto al principio de ejecutividad. Esto puede interpretarse únicamente, como "una regla de carácter procedimental o procesal que limita la posibilidad de recurrir, significando un injustificado privilegio administrativo"¹⁵.

13 GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández, *op. cit.* T.I. p. 481.

14 ZANOBINI *op. cit.*, p. 375. Manuel María Díez, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Edit. Plus Ultra, 1985. 4a. Ed. T.I., p. 212. Sayagués Laso. *op. cit.* T. I., p. 492. Este último, en la nota 2, cita a Gianini para quien se trata "simplemente de una regla de procedimiento ajena a la cuestión de ejecutoriedad".

15 GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I., Parte General, 8a. ed. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982. p. 589.

Por esta razón, la doctrina española en su tiempo, se pronunció por la erradicación de esta vieja regla "que nada añade, además, a la eficacia de la gestión administrativa y de la justicia en el marco de un Estado de Derecho"¹⁶.

Al expedirse la nueva Constitución española de 1978, la doctrina considera que por virtud del art. 24.1, según el cual "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión", el principio "solve et repete" fue derogado, "ya que con arreglo al mismo, es del todo evidente, la imposibilidad de condicionar la admisión de un recurso al previo pago de la deuda creada por el acto que pretende impugnarse. El artículo 24 de la Constitución garantiza, como ya nos consta, a todas las personas y, no sólo a los ciudadanos económicamente solventes, el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión"¹⁷.

De otro lado, para González Pérez, dentro de los requisitos procesales que pueden conspirar contra el acceso a la tutela judicial efectiva en el ámbito del proceso administrativo, se encuentra la exigencia previa del pago o caución. Únicamente admite su constitucionalidad, "como requisito previo para la interposición de un Recurso contra una resolución jurisdiccional, lo que presupone que ya se está dentro del proceso".

Anota además, que mientras las razones que se esgrimen para justificar los requisitos procesales tienen que ver con la finalidad de que la costosa maquinaria de la justicia sólo se ponga en marcha cuando existan auténticas razones para ello, en el Derecho Administrativo ello obedece a razones más bastardas: "Los requisitos procesales han constituido uno de los instrumentos para garantizar la inmunidad de los entes públicos al control jurisdiccional". De ahí que la remo-

16 GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández, citados por Eduardo Mínguez Ben, "Solve et Repete. ¿Hasta cuándo?, en Revista Española de Derecho Administrativo, No. 43, julio-septiembre de 1984, p. 620. En este artículo puede consultarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, sobre la materia.

17 GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández, *op. cit.* T. II, p. 544. Como fundamento para afirmar la inconstitucionalidad del principio en cuestión, se invoca igualmente el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, equivalente a los arts. 7 y 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre que garantizan la plena igualdad de todas las personas ante la Ley, y en forma más específica ante los Tribunales. Por lo demás, el art. 10, num. 2 de la Constitución Española le reconoce valor interpretativo constitucional a los tratados, en cuanto a derechos y libertades fundamentales. *Ibid.*, p. 184-185.

ción de esos obstáculos constituya una manera de luchar contra la inmunidad del poder¹⁸.

Es de anotar, que el Tribunal Constitucional italiano, declaró la inconstitucionalidad de la exigencia del pago previo al ejercicio de las acciones jurisdiccionales, en razón del grave entorpecimiento que supone del principio constitucional de libre acceso a la justicia¹⁹.

2. LA SITUACION EN EL DERECHO COLOMBIANO

Sabido es que en Colombia, las normas sobre procedimiento administrativo estuvieron contenidas en el decreto ley 2733 de 1959, las cuales básicamente se ocuparon de regular lo concerniente a la vía gubernativa, entendiéndose por ésta la controversia a través de recursos de los actos o decisiones de la administración ante ella misma. No se precisaba, sin embargo, cuáles eran los trámites previos para tomar la decisión que se impugnaba, es decir, técnicamente no había un procedimiento para la elaboración de los actos administrativos. Situación que nos colocaba a la zaga de muchos países europeos y aun latinoamericanos, que tienen una amplia tradición en esta materia.

Con la expedición del decreto ley 01 de 1984, más conocido como Nuevo Código Contencioso Administrativo, las cosas cambiaron radicalmente. La parte primera de esa codificación, arts. 1 a 81, inclusive, regula en forma exhaustiva todo lo concerniente a los procedimientos administrativos.

A pesar de su carácter General esas normas no se aplican "en los 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 cosas", supuestos que consideramos dispensan la forma escrita de emisión de la voluntad administrativa. Lo cual significa que en estos casos excepcionales, el ejercicio de la coacción administrativa no tiene como presupuesto un acto previo²⁰.

18 Cfr. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Madrid, Edit. Civitas, 1984. p. 61-78.

19 Cfr. GARCIA DE ENTERRIA y Fernández, T.I. p. 482.

20 GONZALEZ PEREZ, *op. cit.* p. 5. También art. 23 Código Nacional de Policía (Decreto-Ley 1355 de 1970). Mayer habla de una coacción directa e inmediata cuando se aplica a una situación de hecho, sin que medie acto declarativo previo cuya ejecución se pretenda. Cfr. García Enterría y Fernández, *op. cit.* T.I., p. 710.

2.1. La Autotutela

Para los efectos de este trabajo nos interesa destacar algunas disposiciones del C.C.A., a saber:

1.1. El artículo 64 que a la letra dice: "Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados".

A la manera de la doctrina española, se pretende diferenciar la ejecutividad de la ejecutoriedad en el acto administrativo. Consideramos que la ejecutividad, o lo que es lo mismo su obligatoriedad, se desprende del art. 192 de la Constitución Nacional, reiterado más específicamente en el art. 66 del C.C.A.

También como efecto de la influencia de la legislación española se hace una consagración bastante amplia y generosa, al sentar como principio general la autotutela administrativa y como excepción, salvo norma expresa en contrario según el texto legal, imponer a la administración el cauce judicial de la ejecución.

Vale la pena destacar que en Francia, donde se desarrolló el modelo de régimen administrativo que poseemos hoy día, la ejecución directa por parte de la administración sólo se admite en forma subsidiaria, esto es, en *defecto de otro procedimiento*. Esto quiere decir que allí el principio general es el inverso: La ejecución de sus actos por la administración se presenta sólo frente a expresa autorización legal²¹. En otras palabras, significa que tanto en Colombia como

21 Esta doctrina fue planteada desde el arrêt del Tribunal de Conflictos del 2 de diciembre de 1902, Société immobilière de Saint-Just, cuya doctrina se mantiene. Allí se procedió con fundamento en las conclusiones célebres del comisario de gobierno Romieu, quien para subrayar la última *ratio* de la ejecución de oficio expresó: "Se puede definir la ejecución forzada por vía administrativa como un medio *empirico justificado legalmente, en defecto de otro procedimiento, por la necesidad de asegurar la obediencia de la ley*". (Las subrayas son del original). Cfr. DE Laubadere, *op. cit.* p. 337. También Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, 7a. edite. Paris, Sirey, 1978. p. 47 y ss.

De aquí que con sobrada razón se haya cuestionado la teoría del acto administrativo como decisión ejecutoria y señalado como una invención de Hauriou heredada sin beneficio de inventario. A pesar de que existan algunos casos que en forma excepcional permitan a la administración proceder a la ejecución forzosa, "de aquí no puede desprenderse la existencia de un principio general". Cfr. Garrido Falla, *op. cit.* p. 584, nota 28.

Esta era la situación en el derecho venezolano, hasta la expedición en 1982 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que en su art. 79 sienta como principio la ejecución por la administración. Véase Allan-Randolph Brewer Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administra-*

en España, y precisamente por influjo de éste, se ha ido más allá en cuanto a la autotutela ejecutiva se refiere, que en el país donde históricamente tuvo su origen.

Ya varios autores han advertido sobre los peligros de una generalización de esta índole. Así, Sandulli considera que las exigencias del Estado de Derecho "conspiran en el sentido de la excepcionalidad de los procedimientos de ejecución forzosa administrativa". Se debe, por tanto, "excluir que la administración pública pueda aplicar medios coactivos faltando normas particulares que expresa o implícitamente los admitan"²². Por todo ello, es necesario colocar el uso de la coacción administrativa en manos de los jueces, quienes están en mejores condiciones de imparcialidad para salvaguardar los derechos esenciales de los administrados.

Creemos que esa generalización sólo se explica como lo ha anotado un sector de la doctrina española con respecto a su país, por una simplificación excesiva, impulsada por la técnica codificadora que ha llevado a una "Potenciación injustificada de los poderes administrativos"²³.

Como medios de ejecución coactiva que puede utilizar la administración, el Código contempla la multa coercitiva, la ejecución subsidiaria (Art. 65 C. C. A.) y designa las obligaciones que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, (Art. 68 C.C.A.), que equivale al procedimiento de apremio sobre el patrimonio mencionado antes²⁴.

Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964. p. 132 y la publicación colectiva *El Procedimiento Administrativo*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Universidad Central de Caracas, 1983. Vol. IV.

22 Citado por Garrido Falla, *op. cit.* p. 583. También Sayagués Laso, *op. cit.* T. I, p. 493, 494. Para Vedel, por su parte, "... La ejecución forzosa supone a menudo un atentado contra los derechos fundamentales (libertad individual, propiedad, inviolabilidad del domicilio, etc.)... Es un principio de toda sociedad civilizada que tales atentados no puedan producirse más que bajo el control y con la autorización de un Juez". Vid. *op. cit.*, p. 168.

23 GARCIA DE ENTERRIA y Fernández, *op. cit.* T.I., p. 713.

24 La Ley 1a. de 1945 (febrero 19) sobre servicio militar obligatorio consagra para este caso la compulsión sobre las personas, al señalar que los infractores "pueden ser capturados en cualquier momento y compelidos por la fuerza al cumplimiento de sus obligaciones". El Código Nacional de Policía también se refiere a estos medios y señala sus límites. Véase Art. 26, capítulo IV del empleo de fuerza y otros medios coercitivos, art. 29 y ss. En materia de contratos, El Estatuto de Contratación Administrativa (Decreto-Ley 222 de 1983) entre otras prerrogativas de autotutela en favor de la administración contempla la cláusula de caducidad y la cláusula sobre multas (art. 63 y 71).

Con el propósito de proteger al ciudadano contra los actos de ejecución cuando se pretermite alguno de

Sobre la generalización de las potestades administrativas, es pertinente citar el concepto del 15 de mayo de 1986, de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Humberto Mora Osejo, y acogido en su integridad por el Tribunal Disciplinario en providencia del 16 de marzo de 1987, con ponencia del Magistrado Rodolfo García Ordóñez, al dirimir un conflicto de competencias (jurisdicción) entre la justicia ordinaria y la jurisdicción coactiva.

A pesar de que no se aludió al art. 64 del C.C.A. que sienta la regla general de la ejecución por vía administrativa que cuestionamos antes, a partir de la norma que enuncia los actos y documentos que prestan mérito ejecutivo (autotutela declarativa) por jurisdicción coactiva (autotutela ejecutiva), se revistió a los representantes legales de todas las entidades públicas de ese poder, cuando un sano criterio de hermenéutica habría aconsejado interpretar esa disposición con criterio restrictivo, ya que la competencia tiene que ser expresa (arts. 20 y 63 de la Constitución) y por consiguiente, no existen competencias implícitas. Allí se dijo: "... si la ley no atribuye a funcionario determinado el ejercicio de la jurisdicción coactiva, *DEBE ENTENDERSE* conforme al enunciado del art. 68 del Decreto Ley 01 de 1984, que esa facultad corresponde al representante legal de la persona jurídica de derecho Público.

"Es cierto que, según los arts. 20 y 63 de la Constitución, la competencia debe ser atribuida expresamente y no es posible deducirla por inferencia o analogía. Pero, al disponer el art. 68 del Decreto-Ley 01 de 1983 (sic) que los créditos que menciona pueden cobrarse ejecutivamente, mediante jurisdicción coactiva, facultó a los representantes legales de las entidades públicas para ejercerla a fin de hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor; pues la facultad de obrar por jurisdicción coactiva significa que quien representa a la entidad puede obrar como juez y parte para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de la entidad pública" (Los resaltos y las subrayas no son del original)²⁵.

En sentido contrario se había pronunciado la Sección 4a. del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de febrero de 1973, con ponencia del consejero Miguel Lleras Pizarro:

"... Lo ordinario, normal y regular es que el acreedor persiga el pago del deudor moroso creando una relación procesal común mediante demanda dirigida

los requisitos establecidos en el Procedimiento Administrativo (notificación, resolución de recursos, etc.) se establece un proceso cautelar especial, la llamada Suspensión Provisional en Prevención (art. 153, num. 2 C.C.A.).

25 Revista Jurisprudencia y Doctrina, julio de 1986. p. 657.

a juez independiente de las partes en conflicto, que ha de terminar con el pago o con sentencia sobre excepciones. A varias entidades de derecho público se les ha reconocido el privilegio, excepcional por ser privilegio, de perseguir a través de sus propios dependientes el cobro coactivo de ciertas deudas a su favor, o sea, que en algunos casos y por motivos muy restringidos de interés público, la ley permite que sea el propio acreedor el que ejecute a su deudor. Como privilegiado y excepcional, este sistema es de aplicación restrictiva, excluye toda analogía y en caso de duda debe preferirse la vía no privilegiada, que es la más acorde con el principio general de la equidad, que es una de las expresiones del concepto constitucional de la igualdad ante la ley, que, a su turno, es condición de la libertad y presupuesto de la obligación impuesta a todas las autoridades de proteger a los habitantes de Colombia en su vida, honra y bienes. La historia legislativa de este excepcional instituto del cobro coactivo, ejercido por el propio acreedor, muestra que la tendencia ha sido la de restringir y delimitar con precisión esta delicada facultad; por eso los intentos que saltuariamente se han hecho para sustraerla del control judicial han sido prontamente rectificadas".

2.2. El Pago Previo, en la Vía Gubernativa.

El Nuevo Código Contencioso Administrativo, estableció en nuestra legislación requisitos para la formulación de los recursos en la vía gubernativa; así el Art. 52, numeral 2 del C.C.A. señala que debe acreditarse "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".

Se diferencian allí claramente dos situaciones:

-Cuando se reconoce parcialmente la deuda, debe acreditarse su pago, y

-En relación con la parte que se recurre, garantizar su cumplimiento.

El primer supuesto no admite polémica: Se trata de una obligación que el administrado no discute. El segundo supuesto, en cambio, consagra por vía general el principio *Solve et Repete*, cuando de impugnar las decisiones en sede administrativa se trata.

Hay que advertir, que por sí misma esta norma no impone el requisito del pago previo. La disposición en comento es una norma en blanco y de reenvío, por consiguiente, dicho requisito sólo será exigible cuando una norma con rango de ley, lo imponga así expresamente. El criterio restrictivo, nos lleva a afirmar que debe ser una norma expedida por el Congreso, o por el ejecutivo habilitado por éste.

En materia de la contribución de valorización el decreto legislativo 1604 de 1966, adoptado como legislación permanente por el Art. 1 de Ley 48 de 1968, en su art. 15, faculta a las entidades territoriales (Departamentos, Distrito Especial y Municipios) para que establezcan los recursos y el procedimiento gubernativo, para la discusión de esa contribución. Por esta vía, en muchas de esas reglamentaciones se ha consagrado la exigencia del pago previo.

2.2.1. La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de Marzo de 1987.

Mediante Decreto Ley 1919 de 1986, se reguló el procedimiento administrativo tendiente a sancionar las violaciones a las normas sobre el control de arrendamiento de vivienda urbana, contempladas por la Ley 56 de 1985. En cuanto se refiere a los recursos en la vía gubernativa, el Art. 21 señala que "previa consignación de la multa impuesta" proceden el de reposición, apelación y queja, los cuales en cuanto a oportunidad y presentación se regirán por las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

Demandada esta disposición ante la Corte Suprema de Justicia, ésta mediante sentencia del 12 de marzo de 1987, con ponencia del magistrado Hernando Gómez Otálora, declaró su inconstitucionalidad con fundamento en que "el trámite previo exigido por la norma para que el particular acceda a los recursos por la vía gubernativa, es decir, la consignación de la multa impuesta, es en sí mismo inconstitucional, por cuanto coloca al ciudadano en la imposibilidad de ejercer su defensa ante el Estado si carece del dinero necesario para efectuar la consignación... Entendiendo la justicia en su sentido amplio, considera la Corte que una exigencia como la indicada atenta también contra el principio de gratitud"²⁶

No se mencionó, aunque sí parece insinuarse, que resulta vulnerado igualmente el principio de igualdad ante la Ley que dimana de distintos textos constitucionales (art. 8, 10 y 11 C. N.). Tampoco se dice, cuál es el fundamento positivo

²⁶ Revista Foro Colombiano, 1987. p. 441

De acuerdo con el razonamiento de la Corte esa prevención pugnaría con el art. 26 del Estatuto Fundamental, que es de donde dimana el derecho de defensa. A pesar de que se habló de la "inconstitucionalidad en sí misma" de la norma acusada, no queda claro en el fallo si ésta depende del monto de la obligación o del pago que debe hacerse para recurrir. En el primer sentido, véase Alberto Fernández Cadavid, La Contribución de Valorización, 2 ed. Bogotá, Edit. Temis, 1981. p. 136. También, la jurisprudencia argentina. Cfr. Manuel María Díez, *op. cit.* p. 212. Como anotación al margen hay que decir que en el marco de la discusión sobre Reforma Constitucional que se ha dado en el país en los últimos días, se ha propuesto por algunos que la Constitución señale como asunto que debe regular la ley, la exclusión del pago previo en las reclamaciones administrativas.

que en nuestra carta tiene el principio de gratuidad de la justicia, que más bien resulta ser una consagración legal.

A pesar de que la sentencia no hace una consideración específica sobre la incidencia de este requisito para acceder al control jurisdiccional, es indudable que en la medida en que el debido agotamiento de la vía gubernativa sea una condición para poder trasladar la controversia ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa (art. 135, numeral 1 C.C.A.), indirectamente la exigencia del pago previo constituye una forma de entorpecer el acceso a dicho control, por tanto vulnera el derecho a la jurisdicción, e igualmente establece una odiosa discriminación que pugna con el principio de igualdad ante la Ley.

Creemos que se trata de un trascendental pronunciamiento cuya importancia no ha sido advertida aún. En efecto, si bien no se hacen mayores consideraciones sobre los fundamentos de la inexecutable declarada, atendiendo las elaboraciones del derecho comparado a que se hizo alusión en la primera parte, sus repercusiones serán grandes: Habrá que replantear y cuestionar los distintos supuestos donde quiera que se exija el pago previo como *conditio sine qua non para recurrir en la vía gubernativa*.

Así, tuvimos oportunidad de sostenerlo, en salvamento de voto a la providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, del 21 de septiembre de 1988, que negó la suspensión provisional del acuerdo # 73 de 1987, expedido por el Concejo de Medellín, que exigía el pago de la *liquidación oficial* para interponer los Recursos de la vía gubernativa, en la discusión del impuesto de industria y comercio. El Acuerdo #46 de 1988 derogó el anterior, y exige el pago de la liquidación practicada o prestar garantía real o bancaria que asegure el pago del impuesto liquidado, cuando la base gravable fijada por la Administración fuese superior a sesenta (60) millones de pesos anuales.

2.3. El Pago Previo en la Vía Jurisdiccional.

De la misma manera que el anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941, art. 86), el actual establece el requisito de pago previo para acceder al control jurisdiccional, en los siguientes términos:

"Art. 140. Comprobante de Consignación".

"Si se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor de tesoro público deberá

acompañarse el respectivo comprobante de haberse consignado, en calidad de depósito, la suma correspondiente..."

"El comprobante de depósito de que se trata se refiere a los casos en que leyes especiales exijan la consignación previa de la suma liquidada o debida. En los demás, bastará que se otorgue caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto."

Como puede apreciarse, también aquí se diferencian dos supuestos:

-Cuando una norma de rango *legal*, en forma expresa, establece dicha exigencia para formular demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Es decir, que estamos en presencia de una norma en blanco o de reenvío.

-En caso contrario, deberá prestarse caución. Ciertamente, en sentido estricto, esta exigencia no se identifica con el pago previo, pero de todas maneras, constituye un requisito que condiciona, discrimina y obstaculiza el acceso al control jurisdiccional (Vid. Supra numeral 2).

A la luz del principio de igualdad ante la ley y ante los tribunales, que se desprende de la Constitución y reitera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, art. 14, num. 1, ratificado por nuestro país mediante ley 74 de 1968²⁷, así como del derecho a la tutela jurisdiccional, habría que considerar que esas exigencias pugnan con nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien en la sentencia que se comenta no se cuestionó la obligación de pagar como requisito para acceder al control jurisdiccional, esa exigencia resulta inconstitucional con fundamento en los mismos razonamientos. El argumento es *a fortiori* (con mayor razón): Si se declaró su inconstitucionalidad por resultar atentatorio del Derecho de Defensa y la Justicia en tratándose de la vía gubernativa, lo propio cabe decir en el caso del control jurisdiccional. A modo de conclusión, digamos con García de Enterría y Fernández: "Es asombroso que una técnica tan tosca, que hace que sólo los ricos puedan recurrir haya podido subsistir hasta hoy..."²⁸.

27 Adviértase que la jurisprudencia constitucional de la Corte afirma que las leyes aprobatorias de tratados públicos, tienen carácter singular; por formar parte de un acto de derecho internacional, ostentan un rango superior al de la legislación ordinaria ("supralegal"), en cuanto no son derogables por otra ley. Prácticamente están al mismo nivel de la Constitución. Cfr. sentencia 10. de septiembre de 1983 ponente Luis Carlos SÁCHICA, en jurisprudencia y doctrina, noviembre de 1983. p. 1008. Salvamento de voto del magistrado Jesús Vallejo Mejía a la sentencia de junio 16 de 1987 en Foro Colombiano, 1987, p. 186.

28 *Op. cit.* T. II, p. 185.