ACCIÓN DE LESIVIDAD COMO MECANISMO DE CONTROL[1]

Por: JUAN SEBASTIÁN MENA MARTÍNEZ[2]

RESUMEN

Es la acción de lesividad una acción administrativa mediante la cual las entidades del orden público demandan sus propios actos para dejarlos sin efectos, lo que se da siempre y cuando no haya posibilidad de atacar dicho acto administrativo con una revocatoria.

Es importante resaltar que los particulares o entes del orden privado no pueden hacer uso de esta acción, pues hasta la fecha no ha sido incorporada en el CPACA (2011), menos regulada en su totalidad, ya que esta acción no se encuentra consagrada como tal en nuestro ordenamiento, sin embargo, la doctrina ha llamado así al ejercicio de los medios de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho por parte de una entidad pública cuando esta demanda su propio acto, acción que es desplegada cuando no sea posible ejercer la revocatoria directa de los actos por parte de la entidad que lo expidió.

En consecuencia, se tiene que parte de la jurisprudencia administrativa del derecho interno colombiano, para declarar la nulidad de actos administrativos contrarios a la ley de carácter particular y concreto, requieren que estos no solo hayan vulnerado el ordenamiento jurídico superior o la norma en la que debían fundarse, sino además que hayan causado un agravio patrimonial o de cualquier otra índole a los intereses administrativos, para ser desterrados del mundo jurídico.

---

[1] Ensayo presentado como requisito para obtener el título de Especialista en Derecho Procesal Probatorio y Oralidad, otorgado por la Universidad Libre de Colombia, Seccional Pereira. 2023.

Palabras clave

Acción de lesividad, Constitución de 1991, Acto Administrativo.

ABSTRACT

The action of harmfulness is an administrative action through which public order entities demand their own acts to render them without effect, which occurs as long as there is no possibility of attacking said administrative act with a revocation.

It is important to highlight that individuals or private entities cannot make use of this action, since to date it has not been incorporated into the CPACA (2011), much less regulated in its entirety, since this action is not enshrined as such. In our system, however, the doctrine has thus called for the exercise of the means of control of nullity, nullity and restoration of the right by a public entity when it demands its own act, an action that is deployed when it is not possible to exercise the direct revocation of the acts by the entity that issued it.

Consequently, part of the administrative jurisprudence of Colombian domestic law, to declare the nullity of administrative acts contrary to the law of a particular and concrete nature, requires that they have not only violated the higher legal order or the norm in which should be founded, but also that they have caused a patrimonial or any other harm to administrative interests, to be banished from the legal world.

Keywords

Lesividad action, Constitution of 1991, Administrative Act.

INTRODUCCIÓN

Históricamente la acción de lesividad, adaptada al derecho colombiano del derecho español, no es una creación actual, pues fue objeto de consagración en ordenamientos de vieja data, muy anteriores al actual Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo (2011).

El legislador de 1913 en la Ley 130 de 1913, sobre la creación del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Seccionales, indicó que a través de órganos judiciales se ventilarían esas acciones, que para ese entonces eran equivalentes al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho actual.

La importancia de este trabajo sobrepasa los límites y da a conocer esta acción que para muchos abogados y para la sociedad en general es muy poco conocida, pues dicho mecanismo lo utilizan las entidades públicas cuando no hay lugar a la revocatoria. Tiene como objetivo la incorporación de esta acción de lesividad a nuestro ordenamiento jurídico, más específicamente en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Su metodología es básicamente la utilizada en todas las acciones administrativas a través de una demanda de lesividad, la cual sería presentada ante un juez administrativo, y se entraría a determinar la competencia de acuerdo con el nivel territorial de dicha entidad pública, y la posibilidad de aplicación sería variable. Cabe resaltar que cada entidad dentro de su autonomía estudiaría la posibilidad o conveniencia de esta acción u otra similar.

1. ACCIÓN DE LESIVIDAD EN COLOMBIA

Haciendo memoria se encuentra que la acción de lesividad llega al derecho colombiano del derecho español; no es una creación actual, pues fue objeto de consagración en ordenamientos de tiempos atrás, muy anteriores al actual Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, 2011).

El legislador de 1913 en la Ley 1303, sobre la creación del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Seccionales, indicó que a través de órganos judiciales se ventilarían esas acciones, que para ese entonces eran equivalentes al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho actual, en tanto la revisión judicial se consagraba frente a los actos que fueran “lesivos de derechos civiles, caso en el cual se procedía a petición de quienes tuvieran interés en ello” (art. 72).

También el legislador de 1941, con la Ley 167, plasmó en forma autónoma tal acción, en el artículo 72: *“También la Administración, por conducto del respectivo Agente del Ministerio Público, podrá solicitar la anulación de los actos a que se refieren los artículos 62 a 66 de esta Ley, por los motivos en ellos señalados”*.

Es la acción mediante la cual el Estado y las entidades públicas pueden acudir a los jueces para impugnar sus propias decisiones, es decir, controvertir las decisiones que ya han tomado para dejarlas sin efectos, y que en su lugar sea la nueva decisión la que tenga validez.

En el ordenamiento interno colombiano hoy en día no existe norma vigente, o no se presencia este mecanismo del cual se hace mención, que es por lo cual se desarrolla este trabajo. Si se revisa el ordenamiento jurídico de España, se encuentra que este es un mecanismo principal y su procedimiento es totalmente diferente al colombiano.

Se debe recordar y tener en cuenta que en el caso de Colombia es una copia del español, y aun así está incompleto, pues en el país de donde se copió, además de ser una acción administrativa tiene un ámbito de aplicación en el sentido de que se puede invocar para proteger a los ciudadanos de posibles abusos de poder por parte de quienes lo ostentan.

Si se sigue el análisis en esta comparativa, ya teniendo claro que es una copia que el legislador ha incorporado de una u otra manera, haciendo ese estudio se va a encontrar que dicha acción en el ordenamiento jurídico colombiano tiene un término de caducidad de dos años, lo que es muy diferente al ordenamiento español, donde por ejemplo vamos a encontrar que esta misma acción tiene como termino de caducidad cuatro años.

Ahora bien, lo que el estado colombiano debe entrar a determinar si es relevante y necesario que se incorpore taxativamente en la Ley de lo Contencioso Administrativo otro medio de control denominado “acción de lesividad”.

A sabiendas de la existencia de la lesividad como acción en el Decreto 01 de 1984, en la Ley 1437 de 2011 no quedó considerada como tal, sin embargo, esta herramienta contempla un gran ejercicio por parte de las entidades que pueden poner en funcionamiento dicha acción, o como se diría en una clase de derecho administrativo, sería una “oportunidad para activar el aparato judicial”.

Ahora, se considera necesario incorporar de manera sana esta norma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011), donde se propone, o por lo menos se espera, que el legislador dedique un capítulo exclusivamente para abordar dicha acción, donde comience por explicar el concepto de esta acción de lesividad y que sea bien detallado, cada artículo, pasando por tiempo de aplicación, caducidad, sujetos pasivos y

activos, legitimados en causa, quién tiene que proponer la acción, etc., aunque de esta última se sabe que es el Estado a través de sus entidades.

Por lo anterior se hace urgente incorporar un método de investigación que permita llenar estos vacíos, que bien puede ser mediante la doctrina y la jurisprudencia, no dejando por fuera propuestas o proyectos de ley realizados por quienes tienen como labor legislar en Colombia para la aplicación de la lesividad, lo que puede dejar como resultado un mejor entendimiento de esta acción y, por qué no, su correcta aplicación, que es lo que en últimas se busca, por quienes lleguen a ser parte en dicha acción bajo el nombre de lesividad.

La presente investigación va a proponer un marco jurídico más específico, donde se pretende establecer las pautas en la estructura del procedimiento de la aplicación de la lesividad, beneficiando a la administración y disminuyendo el posible detrimento patrimonial del Estado.

Luego de este análisis se concluye aclarando que en Colombia la acción de lesividad se está utilizando como un mecanismo de impugnación, y no como una acción principal o medio de control del Derecho Administrativo, incorporándose así un nuevo recurso, y no una acción o medio de control como en principio se creía.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL

Lograr la incorporación de la acción de lesividad en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en nuestro Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

a) Que la acción de lesividad se tenga como acción y no como recurso en la vía administrativa.

b) Que sea incorporada al ordenamiento jurídico colombiano, dedicándole un capítulo especial en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

c) Establecer el mecanismo de incorporación, bien sea por principio de convencionalidad, o por doctrina y jurisprudencia, que en este caso ya es decisión del legislador, quien por mandato constitucional le corresponde dicho tema, teniendo en cuenta la división de poderes de Colombia, como Estado social de derecho.

3. HIPÓTESIS

Indudablemente el recurso de lesividad es una institución jurídica que, aunque no es nueva ni desconocida, se ha venido aplicando por las entidades estatales en sede contenciosa administrativa, cuyo fin es declarar un acto administrativo lesivo o nulo, con posterioridad de que la autoridad nominadora haya hecho la declaración de lesividad a través de una resolución, sobre este recurso de gran utilidad para las entidades estatales, es necesario que se incorpore en la ley de la jurisdicción contenciosa.

4. META

Ante el presente planteamiento se propone que cuando no haya lugar a la revocatoria directa del acto administrativo se acuda a la acción de lesividad, que una vez incorporada de manera adecuada al ordenamiento colombiano corresponderá a la jurisdicción contenciosa, es decir que reposará en el

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (Ley 1437 de 2011).

5. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN DE LESIVIDAD

Llegando a este punto, se encontraría que esta acción o este medio de control llegaría con unos presupuestos similares a los que ya se tienen en Colombia, pues es de resaltar que como todas las acciones esta no sería la excepción y obvio tendría en principio los mismos presupuestos que las otras acciones, pero la diferencia la notaríamos, y es de resaltar que como esta acción lo que busca es que la administración pública deje sin efectos sus propios actos, acá siempre el sujeto activo va a ser la misma entidad que profiera el acto, que a su vez se está demando.

Teniendo en cuenta, y no menos importante, como se dejó claro, en el ordenamiento jurídico a través del Código de General del Proceso (2012), que entró a reemplazar o sustituir al Código de Procedimiento Civil (1970), no se debe contemplar la posibilidad que una vez activada esta acción no vaya a finalizar con una sentencia inhibitoria.

Entre los presupuestos que han sido clasificados por la misma legislación colombiana como esos requisitos que debe cumplir la demanda, y que vienen a ser indispensables para que se pueda tener un buen desarrollo del proceso como tal, lo que se verá reflejado en la sentencia y en concordancia con las pretensiones presentadas en la demanda, se encuentran:

a) La demanda en forma, que es con la que se activa el aparato judicial, y que para el caso de esta acción de lesividad siempre la iniciará la entidad pública o quien haga sus veces.

b) La capacidad procesal de las partes, que es nada más que la capacidad que tiene cada una de ellas para comparecer por sí misma al proceso.

c) La competencia del juez, que se determina con la cuantía y el tema objeto del proceso.

Se encuentran otros presupuestos que serían materiales, entre ellos descaremos el más importante, que es *legitimación en la causa*, que en primera medida abarca la relación que guarda el demandante con la pretensión, que para el caso de estudio viene a ser la entidad pública que busca nulitar su propio acto y de esa manera actúa como sujeto activo, mientras que la otra parte legitimada en la causa sería el sujeto pasivo, bien sea el demandado, que para el caso en concreto es la persona que está siendo favorecida con el acto que se busca nulitar.

Estos presupuestos deben estudiarse detalladamente, pues se trata de una nueva incorporación al ordenamiento jurídico, y aunque ya se tienen unos presupuestos que aplican para las acciones existentes, en este caso se tendría que unos presupuestos cambiarían o simplemente pasarían a ser aplicados cuidadosamente. Uno de ellos y en el cual se debe hacer énfasis, es la legitimación que obliga a realizar el estudio de los sujetos, pues si se hace una comparativa con la nulidad y restablecimiento del derecho, se va a encontrar que para esta acción el sujeto activo es la persona quien presenta la demanda y en tal sentido, y siguiendo lo que las normas procesales indican, el sujeto pasivo es la entidad contra la cual se presenta la acción, pero en la acción de lesividad se tendría todo lo contrario, es decir, la acción de lesividad la inicia la misma entidad que profiere el acto, solo que la interesada en nulitarlo es la mima entidad, y a pesar de que es en contra de su acto no se le puede dar valor de sujeto pasivo al acto propiamente dicho, por el contrario, este sujeto viene siendo la persona que ha sido beneficiada con el acto en mención.

6. ACTO ADMINISTRATIVO

Es importante precisar que los actos administrativos han sido definidos por la doctrina como las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos.

Existen diversos tipos de actos, y en ellos se encuentra variedad de funciones; un ejemplo es el acto administrativo, que según las voluntades por lo general es muy utilizado por las instituciones, y aquí se ve reflejada más que nada su voluntad sin contar con el particular; también existes los actos de acuerdo a quien se destinan, que pueden ser de carácter general, es decir que no va dirigido específicamente a alguien, y también puede ser de carácter singular, que por el contrario especifica a quién va dirigido o a qué grupo selecto.

Con respecto a la emisión y nacimiento del acto administrativo, se precisa que para que este pueda nacer a la vida jurídica debe reunir algunos requisitos y procedimientos consagrados en la ley, por lo tanto, cualquier autoridad puede emitir actos administrativos, independientemente del nivel al que pertenezcan, es decir, pueden ser expedidos por autoridades del orden nacional, territorial o por los órganos de control.

De igual forma, la doctrina ha sostenido que existen ciertos elementos esenciales en todo acto administrativo que predeterminan la validez y eficacia misma del acto, es decir, la competencia de la autoridad administrativa, la voluntad en la expedición, el contenido, la motivación, la finalidad y la forma.

En relación con los efectos del acto administrativo se tiene que por lo general surte efectos a partir de su expedición, siempre que no contenga alguna determinación que lo dilate, posponga o suspenda, como su publicación, notificación, requerir de la aprobación de un superior, o estar sujeto a una

condición para que produzca sus efectos, o que provenga actos futuros que los dejen sin efecto.

El artículo 43 del Código Contencioso Administrativo (1984), dispone que “los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, tableros de notificación u otros similares”, en consecuencia, estos actos administrativos sin publicar no son obligatorios para los particulares, lo cual no significa que la publicación sea requisito de validez, sino condición de oponibilidad.

En efecto, la falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad; produce la falta de oponibilidad del acto a los particulares, o la no obligatoriedad del mismo.

En cuanto a los segundos, es decir a los actos administrativos de carácter particular, su obligatoriedad y los requisitos de su notificación están regulados en los artículos 44 a 47 del Código Contencioso Administrativo (1984).

Al respecto, el artículo 44 preceptúa que *“las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado”*.

En este caso, la notificación a través de los diversos medios señalados por el ordenamiento legal constituye una formalidad que brinda legitimidad y eficacia a la actividad administrativa, y así mismo, una garantía de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al derecho de defensa, en cuanto eventualmente le permitirá al afectado por él mismo ejercer los correspondientes recursos y acciones.

De lo anterior se deduce que el acto administrativo, general o particular, existe desde el momento mismo en que se profiere o expide, pero no produce efectos

jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación. En este sentido, dispone el artículo 48 del C.C.A. (1984) que *"sin el lleno de los anteriores requisitos, no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión"*.

7. REFLEXIÓN

En la práctica lo que esta acción de lesividad presupone es la posibilidad que tienen las entidades públicas de demandar su propio acto, una vez consideren que se han equivocado a la hora de su elaboración, y esta acción tendrá lugar siempre y cuando sea un error de fondo el que se haya cometido, y teniendo en cuenta que la pretensión siempre será la nulidad de ese acto, que, como bien se explicó anteriormente, no puede ser atacado con otro medio, pues téngase este como el medio idóneo para tal fin, se descarta definitivamente los otros medios de control para atacar actos propios de las entidades públicas.

En pocas palabras, con esta acción lo que las entidades públicas pueden hacer a la hora de ejercerla es atacar el fondo de su propio acto; sobra decir que a través de esta no se atacan las formalidades. Un ejemplo claro es cuando Colpensiones asigna a determinada persona una pensión, y a la hora de hacer los conteos matemáticos se equivoca a favor de esa persona y aumenta el valor de esa pensión; lo que hará esta entidad pública para corregir dicho error de fondo no es más que demandar su propio acto a través de una acción de lesividad, la cual se interpondrá ante el competente y siempre será ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, entonces aquí se entraría a determinar la competencia, la cual se asignará de acuerdo al nivel jerárquico de dicha jurisdicción, valorando el nivel territorial de la entidad.

Ahora bien, para entrar a determinar si el procedimiento que se debe surtir para llevar a cabo dicha acción es el mismo de las otras acciones

administrativas, o este será un procedimiento diferente, se necesita que el legislador incorpore esta acción en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Durante un proceso administrativo que se esté llevando a cabo la acción de lesividad solamente puede ser ejercida cuando contra el acto administrativo emitido no se pueda ejercer la acción de revocatoria directa de los actos o decisiones que la misma entidad expidió, de tal forma, es requisito indispensable agotar la opción de la revocatoria directa.

CONCLUSIONES

Esta figura jurídica llega como un alivio a las entidades que de una u otra manera han cometido errores de fondo a la hora de expedir sus actos, teniendo ahora la posibilidad de corregir ese error, sin dejar de lado que se verán inmersas en un proceso que ellas mismas inician, y que buscan, como todo aquel que pone en movimiento el aparato judicial, salir victorioso o por lo menos buscar la corrección de ese error de fondo cometido.

Una vez sale la sentencia favorable llega para dejar sin efectos a ese acto propio que fue demandado y vencido en ese proceso; es importante resaltar que se surte un proceso como si se tratara de cualquier otra acción o medio de control, solo que el procedimiento puede variar.

REFERENCIAS

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda (año, septiembre 7). Sentencia Nº 05001-23-31-000-1997-03423-01. C.P.: **ROCIO ARAUJO OÑATE**. Id. vLex: VLEX-834526.

Consejo de Estado (2020,06,25). Sentencia 2013-00577. C.P.: **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (2020). *Medio de control de nulidad electoral. Procedencia*. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167066

Departamento Administrativo de la Función Pública (2021, 09, 23). **Concepto 351681. Disponible en:** https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=172787

J.M FAJARDO VELASQUEZ (2015). *Acción de lesividad. Actos administrativos ilegales de carácter particular y concreto que no son lesivos a la Administración*. Disponible en: https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/54718/79801268.2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y

MYRIAN SILVA OBANDO (2015). *La acción de lesividad como mecanismo de control en Colombia*. Disponible en: https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3717/Lesividad_mecanismo_control%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=La%20Acci%C3%B3n%20de%20Lesividad%20como%20Mecanismo%20de%20Control%20en%20Colombia,-17&text=%E2%80%9CCuando%20un%20acto%20administrativo%20haya,y%20escrito%20del%20respectivo%20titular%E2%80%9D.