

CIRCULAR 01

PARA: SECRETARIOS DE Y DEL DESPACHO, DIRECTORES, SUBDIRECTORES, GERENTES, JEFES DE OFICINA, SERVIDORES PÚBLICOS Y CONTRATISTAS.

DE: COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL- SECTOR CENTRAL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

ASUNTO: LINEAMIENTOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO Y DEFENSA JUDICIAL EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA A TRAVÉS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL Y ABSTRACTO.

FECHA: 02 de junio de 2022

1. Competencia y alcance:

1.1. Marco de competencia.

Los Decretos: 1716 de 2009 artículo 19 numeral 1° y 1069 de 2015 artículo 2.2.4.3.1.2.5 numeral primero, otorgan competencias al Comité de Conciliación y Defensa Judicial en materia de política de prevención del daño antijurídico; así mismo, el Decreto Departamental 0166 de 2021: "Por medio del cual se adopta el reglamento del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Sector Central del Departamento de Cundinamarca y se deroga el decreto 0271 de 2012", establece en el artículo 3° las funciones de *Comité de Conciliación y Defensa Judicial* "ejercerá las funciones previstas en el artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015 o las normas que lo modifiquen o sustituyan, las cuales se señalan a continuación: 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico (...)".

1.2. Alcance

El Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Departamento de Cundinamarca, en ejercicio de la función de formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico; con el fin de mitigar las demandas y condenas al Departamento de Cundinamarca, considera necesario aprobar la política de prevención del daño y defensa judicial en la producción normativa a través de actos administrativos de carácter general y abstracto.

2.- Litigiosidad contra el Estado por actos administrativos de carácter general:

La Constitución Política de Colombia establece en su artículo 209 que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

De conformidad con lo previsto en el artículo 88 del CPACA, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esto significa que la ley presume que el acto administrativo general y abstracto se ha expedido con el lleno de los requisitos legales exigidos para el efecto.

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

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

3. Lineamientos en materia de prevención del daño antijurídico:

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

a) Aspectos generales sobre los actos administrativos generales y abstractos y la potestad regulatoria.

- i) El acto administrativo de carácter general y abstracto es la decisión de la administración de crear, modificar o extinguir una situación jurídica mediante la determinación de normas generales, impersonales y abstractas.
- ii) Los actos administrativos de carácter general y abstracto pueden tener diferente denominación: decretos, resoluciones, acuerdos o reglamentos.

- iii) El acto administrativo de carácter general y abstracto se rige por los principios de legalidad, ejecutividad, derogatoria e irretroactividad.
- iv) Las órdenes, directivas, instrucciones, circulares o conceptos son actos administrativos de carácter general y abstracto cuando generan efectos jurídicos en los gobernados y contienen decisiones.

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

- v) Los actos administrativos de carácter general no pueden abarcar asuntos que sean de reserva de ley, ni modificar, adicionar, ampliar, restringir o recortar la ley.

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

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

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

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

- i) Usar en su redacción un lenguaje claro que facilite su comprensión y finalidad, y que evite las contradicciones o excesos teniendo como referente la ley u otra norma de superior jerarquía.
- ii) Exponer debidamente su motivación.
- iii) Evitar la transcripción de normas jurídicas y/o decisiones judiciales pues estas no constituyen una verdadera motivación.
- iv) Especificar las competencias, en términos de tiempo, autoridad, materia, finalidad y vigencia, que facultan a la autoridad administrativa para su expedición.
- v) Señalar si la expedición del acto obedece al cumplimiento de un mandato legal específico, o al cumplimiento de una orden judicial.
- vi) Observar los límites previstos en la Constitución, la ley y los principios que rigen la función administrativa.
- vii) Determinar el ámbito de competencia respecto de la norma jerárquicamente superior.
- viii) Establecer si existen normas de otra jerarquía que regulan la materia que deban ser tenidas en cuenta en la expedición del acto.
- ix) Cuando sea pertinente, establecer si deben tenerse en cuenta normas o acuerdos técnicos o jurisprudencia especial sobre la materia.
- x) Identificar de manera clara los destinatarios del acto administrativo, la conducta que se espera y el ámbito de aplicación de la norma.
- xi) Establecer si el acto contempla los escenarios, los elementos o herramientas que contribuyan a su cumplimiento.
- xii) Revisar si el acto administrativo debe ser expedido dentro de un periodo de tiempo establecido en la ley o en la orden judicial y si el mismo se está cumpliendo.
- xiii) Señalar con claridad las normas de igual jerarquía que se modifican, derogan o sustituyen con el acto administrativo.
- xiv) Aplicar las directrices generales de técnica normativa, cuya finalidad consiste en “racionalizar la expedición de decretos y resoluciones, dotar

de seguridad jurídica a los destinatarios de norma, evitar la dispersión y proliferación normativa, así como optimizar los recursos físicos y humanos utilizados en esta actividad, con el propósito de construir un ordenamiento jurídico eficaz, coherente y estructurado a partir de preceptos normativos correctamente formulados”.

Estas directrices deben ser aplicadas por las entidades del nivel central del Departamento de Cundinamarca, que preparen proyectos de decretos y resoluciones generales y abstractas del orden departamental, las cuales abordan, en resumen, los siguientes aspectos:

- Deber de elaborar una memoria justificativa. (ver. A-GJ-FR-031) ISOLUCION.
- Deber de coordinación entre las diferentes entidades públicas en las que tenga impacto el proyecto de acto administrativo general y abstracto.
- Deber de realizar las consultas que ordenen la Constitución y la Ley.
- Deber de respetar la estructura formal del proyecto. (Instructivo A-GJ-IN-001-V.1.- ISOLUCION).
- Una vez se cuenta con la versión del proyecto, deben llevarse a cabo los procesos de consulta previa establecido en la guía de mejora normativa A-GJ-GUI-002), que se encuentra en ISOLUCION.
 - Deberán surtirse las publicaciones del proyecto de acto administrativo para participación ciudadana y grupos de interés establecidos en normas generales o especiales (Ver.A-GJ-GUI-002) ISOLUCION.
- Una vez se reciban los comentarios derivados de las etapas de participación ciudadana, deberá darse respuesta clara y de fondo a las opiniones realizadas por los ciudadanos a través de la consulta pública. (Ver.A-GJ-GUI-002) ISOLUCION.

La entidad debe analizar la pertinencia de los comentarios de la ciudadanía y, de ser procedente, realizar los ajustes respectivos en el proyecto de acto administrativo. Debe poner especial atención en comentarios que reflejen la afectación a derechos adquiridos; a la confianza legítima; si el acto revoca decisiones favorables a un particular; establece un trato diferencial injustificado o una carga desproporcionada. En caso de que así sea, deberá adoptar las medidas necesarias para mitigar el daño que se pueda ocasionar con su expedición.

Agotadas las etapas anteriores, se debe enviar el proyecto de acto administrativo a la Secretaría Jurídica, junto con la memoria justificativa. (ver. A-GJ-FR-031) ISOLUCION.

- xv) Una vez expedido el acto administrativo general, deberá publicarse en los términos previstos en el artículo 65 del CPACA.

4. Lineamientos en materia de defensa judicial:

Los actos administrativos de carácter general y abstracto están sujetos a control judicial. El ordenamiento jurídico prevé mecanismos procesales que permiten garantizar el reclamo de pretensiones que tiene como causa la expedición de un acto administrativo general y abstracto. Así, el ordenamiento jurídico prevé los siguientes medios de control, a través de los cuales se pueden conocer pretensiones que tienen como causa un acto administrativo general y abstracto:

- a) Nulidad por inconstitucionalidad.
- b) Control inmediato de legalidad.
- c) Nulidad.
- d) Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
- e) Reparación directa
- f) Controversias contractuales
- g) Protección de los derechos e intereses colectivos
- h) Reparación de los perjuicios causados a un grupo

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

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

A.) Recomendación general para todos los medios de control:

La entidad pública debe revisar que el escrito de demanda reúna los siguientes requisitos:

- Contenido de la demanda previstos (artículo 162 del CPACA)
- Individualización de las pretensiones (artículo 163 del CPACA)
- Oportunidad para presentar la demanda (artículo 164 del CPACA).
- Debida acumulación de pretensiones (artículo 165 del CPACA).

- Anexos de la demanda (artículo 166 del CPACA).

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

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

- I. Los litigios que se adelantan a través de estos medios de control buscan la exclusión del acto administrativo de carácter general y abstracto del ordenamiento jurídico y se fundamentan en su posible incompatibilidad con una norma superior. Generalmente los procesos asociados con esta clase de actos son aquellos que tienen la pretensión de declaración de nulidad. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé de manera expresa los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad (art. 135), control inmediato de legalidad (art. 136), nulidad (art 137) y nulidad y restablecimiento del derecho (art 138), los cuales se ejercerá ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de conformidad con las competencias señaladas en el mismo estatuto.
- II. La finalidad de los litigios que se adelantan a través de estos medios de control es la salvaguarda del orden jurídico general, a través de la exclusión del ordenamiento jurídico del acto administrativo general y abstracto.
- III. Recibida la demanda en contra del acto administrativo de carácter general y abstracto, en ejercicio de cualquiera de estas cuatro acciones, se recomienda revisar si la demanda reúne los requisitos formales mencionados con anterioridad.
- IV. Se debe determinar que la norma no haya sido anteriormente demandada.
- V. Además de la revisión formal, debe abordarse la defensa del acto administrativo desde los aspectos sustanciales, para lo cual se recomienda lo siguiente:
 - Reafirmar la competencia de la entidad para la expedición del acto administrativo.
 - Resaltar la norma o la orden judicial que determinaba el deber de expedir el acto administrativo.

- Enfatizar en la debida y fundada motivación del acto administrativo, así como, cuando sea pertinente, en el cumplimiento de los principios de legalidad, ejecutividad, derogatoria e irretroactividad.
- Resaltar y demostrar que el acto se enmarca, según el caso, en la Constitución, la ley y los principios que rigen la función administrativa.
- Destacar que se surtieron las etapas de consulta previa y publicación del proyecto y que se dio respuesta a los comentarios planteados por la comunidad.
- Revisar argumentos utilizados por la entidad en otras demandas que hayan sido exitosas y replicarlos en lo pertinente.
- Revisar la memoria justificativa pues puede ser un insumo fundamental para la defensa judicial.
- Revisar las respuestas a los comentarios, cuando el proyecto surtió la etapa de consulta o publicación, con el fin de determinar si existen argumentos que fortalezcan la defensa del acto.
- Corresponde a la parte demandante la carga de desvirtuar la presunción de legalidad que opera a favor del acto administrativo de carácter general y abstracto. Por lo anterior, el cargo de ilegalidad debe estar desarrollado de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente.
- Revisar si se encuentra fundamentada la incompatibilidad del acto proferido respecto de normas de carácter superior.
- Determinar si la norma demandada es interpretada conforme al ordenamiento jurídico en su real sentido y alcance, esto es, no derivado de apreciaciones subjetivas.
- Frente a la nulidad y restablecimiento del derecho, revisar si la parte actora presentó pruebas que acrediten la existencia de perjuicios derivados de la expedición del acto administrativo. Además, debe aportar y solicitar la práctica de las pruebas encaminadas a desvirtuar los perjuicios alegados por el demandante.

VI.) En cuanto a las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA, se deberá tener en cuenta el alcance que el Consejo de Estado ha determinado para ellas:

- Las causales de nulidad del artículo 137 del CPACA contempla los “vicios formales: de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como vicios materiales: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió”. (C. E, Sec. Segunda, sent. 2001-01047, sep. 26/2012, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).

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

- I.) El ejercicio de la función administrativa, a través de la expedición de actos administrativos generales y abstractos, no solo puede generar litigiosidad encaminada a que se declare su nulidad por incurrir en algunas de las causales descritas anteriormente. También puede derivar en conflictos en los cuales no se pretende que se analice la compatibilidad de éstos con una norma de superior jerarquía, sino el daño que produjo su expedición, aplicación o declaratoria de nulidad. En otras palabras, la expedición del acto administrativo puede causar perjuicios a terceros y, en caso de que así sea, se deberá reparar el daño y los perjuicios causados.
- II.) El ordenamiento jurídico consagra dos acciones resarcitorias, mediante las cuales se puede solicitar la reparación de un daño y la indemnización de perjuicios derivados de actos administrativos generales y abstractos, siempre que no se discuta su legalidad:
- Medio de control de reparación directa: *El artículo 140 del CPACA establece que “En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado”;*
 - Acción de grupo regulada en el título III de la Ley 472 de 1998 y en el artículo 145 del CPACA. *“El inciso segundo de esta misma norma contempla la figura de la acción de grupo contra actos administrativos de carácter general”.*
- III.) De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado es posible iniciar un proceso para obtener la reparación cuando los perjuicios fueron causados por un acto administrativo general y abstracto, en los siguientes tres eventos:
- El daño se deriva de un acto administrativo legal, esto es, de una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores, pero cuya aplicación implicó que una persona soporte una carga excepcional o un sacrificio mayor frente a las cargas públicas. En este caso no se cuestiona la legalidad del acto administrativo sino los efectos que causa a alguno o algunos de sus destinatarios o personas individualmente consideradas que se hayan visto afectadas por su contenido. El título de imputación del daño especial es el procedente cuando lo que se reprocha es la causación de un daño que tuvo origen en una actividad lícita de la administración (C.E., Secc. Tercera, Sent. 25738, jun. 11/2014, C.P. Hernán

Andrade Rincón. En el mismo sentido ver: C.E., Secc. Tercera, Sent. 34254, nov. 4/2015, C.P. Hernán Andrade Rincón (E); Sent. 24027, mar. 19/2004. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

- El daño se deriva de la ejecución de un acto administrativo general y abstracto revocado por la administración o anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa. En este caso, el daño ocasionado a los administrados estaba cobijado con la presunción de legalidad, pero se convierte en antijurídico al ser reconocido como ilegal por la administración o la jurisdicción. Así, al desaparecer del mundo jurídico también cesa para los administrados el deber de soportar sus efectos (C.E., Secc. Tercera, auto. 59908, feb. 07/2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero).
- La causación de perjuicios se deriva de la ejecución irregular de un acto administrativo de carácter general. Esta circunstancia es conocida como operación administrativa irregular (C.E., Secc. Tercera, sent. 29156, jul. 31/2014, C.P. Danilo Rojas Betancourth).

IV.) Recibida la demanda en ejercicio de estas acciones, se recomienda revisar los siguientes aspectos:

- Identificar que la causa del daño sea un acto administrativo general y abstracto.
- Revisar si la parte actora acreditó su legitimación por activa y presentó pruebas que acrediten la existencia de perjuicios derivados de la expedición o ejecución del acto administrativo, según sea el caso.

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

- Reafirmar el deber, necesidad y competencia de la entidad para la expedición del acto administrativo.
- Aportar y solicitar la práctica de las pruebas encaminadas a desvirtuar el daño, el hecho generador del daño y el nexo causal, como elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

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

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

- I.) Los actos administrativos de carácter general y abstracto pueden generar litigiosidad cuando con su expedición se afecte el equilibrio económico de un contrato.
- II.) La jurisprudencia ha señalado que el equilibrio económico del contrato “corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra” (C.E., *Secc. Tercera, Subs. B, sent. 20912, mar. 27/ 2014, C.P. Danilo Rojas Betancourth.*)
- III.) Sin embargo, algunas situaciones posteriores a la celebración del contrato pueden alterar el equilibrio económico del contrato, lo que genera una mayor onerosidad para la parte afectada y, en los términos del artículo 5° de la Ley 80 de 199390, el correlativo deber de restablecer la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.
- IV.) El rompimiento del equilibrio económico del contrato puede obedecer a la expedición de actos administrativos generales y abstractos proferidos por una autoridad ajena a las partes (teoría de la imprevisión) o a actos administrativos generales y abstractos proferidos por la autoridad pública contratante (hecho del príncipe) (C.E. Sec. Tercera, sent. 14577, may. 29/2003 C.P. Ricardo Hoyos Duque.)
- V.) En resumen, en estos eventos surge la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato siempre que se altere gravemente su ecuación económica. Esto es, que sobrepase el alea normal de todo negocio y que implique una mayor onerosidad (C.E. Sec. Tercera, sent. 37910, ene. 31/2019 C.P. María Adriana Marín.)
- VI.) Recibida la demanda en ejercicio de esta acción, se recomienda revisar los siguientes aspectos:
- Identificar que la pretensión tenga origen en un contrato estatal.
 - Identificar que el acto en cuestión sea general y abstracto.
 - Revisar si la parte actora acreditó su legitimación por activa, la existencia de un contrato estatal y si presentó pruebas que acrediten la existencia de perjuicios derivados del acto administrativo.

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

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

El fundamento y soporte de esta Circular, se encuentra en la Comunicación Interinstitucional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado: “Prevención del daño antijurídico y defensa judicial en la producción normativa a través de actos administrativos de carácter general y abstracto”, que se encuentra a disposición para consulta a través de su plataforma.

Aprobado en la Sesión Ordinaria del Comité de Conciliación y Defensa Judicial-Sector Central Departamento de Cundinamarca, el día 02 de junio de 2022.



EVELIA ESCOBAR PERDIGON

**Presidente Delegado Comité de Conciliación y Defensa Judicial-Sector Central
Departamento de Cundinamarca**

Proyecto: Belky Cecilia Cifuentes M
Profesional Especializado
Laura Daniela Jiménez
Abogada.Externa-
Secretaría Jurídica

Revisó: Erick Johany Galeano Basabe
Director de Conceptos y Estudios Jurídicos
María Stella González Cubillos
Directora de Defensa Judicial y Extrajudicial