



Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Administrativo.

**PREVENCIÓN DEL RIESGO JURÍDICO EN LA EXPEDICIÓN DE ACTOS
ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR.**

Estudiante

Cindy Johanna Rodríguez Bautista.

Director de Tesis

Dr. Camilo José Orrego Morales.

Bogotá D.C., agosto 2018

RESUMEN

El riesgo es un elemento que siempre ha acompañado al hombre en su diario vivir, desde la antigüedad se ha considerado que la incertidumbre hace que las metas y objetivos que se propone el ser humano se obstaculicen, esto es el temor al peligro, daño o la pérdida. Estos últimos no son sinónimo de riesgo, son la consecuencia cuando esté se materializa, y genera un efecto negativo en la vida de una persona o en la sociedad.

La palabra riesgo empezó a tener uso a partir del siglo XVI, en el ámbito social se le dio gran importancia, ya que todas las personas buscaban prevenir y evitar los diferentes riesgos que los rodeaban.

El riesgo es un elemento que se encuentra en toda actividad que puede desarrollar el hombre, de allí que el concepto de riesgo tiene diferentes matices, existe una variedad de riesgos porque este no es único, depende del contexto en que se desarrolle para determinar sus características como es el caso de riesgo país, riesgo económico, riesgo social.

El riesgo también se ha desarrollado en áreas como la sociología, en donde se ha establecido que la sociedad actual es una sociedad de riesgo, debido a que tenemos una transformación y desarrollo acelerado, además de la constante evolución de las tecnologías, y con la globalización ha generado que el hombre piense de manera constante en el futuro, puesto que este se convertirá en su presente.

En el ámbito jurídico el riesgo también ha sido objeto de estudio, un claro ejemplo de ello es el contrato de seguro, que ha establecido al riesgo como elemento fundamental para la existencia de este tipo de contrato, es decir el riesgo es un elemento que hace parte del ordenamiento jurídico, este se ha estudiado en diferentes áreas del derecho como es el

comercial y el laboral, pero actualmente también se evidencia su participación en el derecho administrativo.

La voluntad del Estado se manifiesta a través de los diferentes funcionarios públicos, esta actividad se rodea de un riesgo, cuando se altera el ordenamiento jurídico por un acto administrativo, operación, hecho, contrato u omisión se generan unos efectos jurídicos, estos son una incertidumbre para los particulares (administrados), con la actuación u omisión de la administración se concretan los fines del Estado, pero también se puede afectar los intereses de los particulares. El riesgo jurídico que le asiste a los actos de la administración pública se puede mitigar, si el funcionario público lo prevé antes que el riesgo se materialice y se convierta en un daño antijurídico.

Uno de los instrumentos más idóneos con los que actúa la administración es el acto administrativo, esta actividad tiene un riesgo, por tanto es necesario que previo a su expedición se identifique el riesgo jurídico como elemento técnico puede prevenir el daño antijurídico a los particulares; la gerencia contemporánea de la administración pública se enfrenta a una gran cantidad de demandas, la manifestación de la voluntad de la administración puede causar un daño a los administrados, si se materializa del riesgo jurídico.

El riesgo jurídico se puede estudiar en las diferentes etapas del acto administrativo, en la presente investigación se estudiará el riesgo jurídico en la fase de elaboración del acto administrativo.

La política pública de modernizar la administración pública generó la focalización de la responsabilidad que deben tener los funcionarios públicos en la elaboración de los actos administrativos, por ello a través de la implementación del sistema MECI 1000:2005; y del manual de técnica normativa decreto 1345 de 2010, modificado por el decreto 1609 de

2015. Esta técnica evidencia que el ordenamiento jurídico evoluciono para realizar leyes y actos administrativos de calidad, ya que se racionaliza la expedición de decretos y resoluciones con los cuales hay mayor seguridad jurídica para el administrado de vulnerar sus derechos, se evite la dispersión y proliferación normativa.

En el manual de técnica normativa se configura una etapa de gran importancia para la elaboración de actos administrativos de carácter general, denominado la memoria justificativa, este elemento ayuda a identificar los elementos esenciales, los atributos, características del acto en sí.

Con la memoria justificativa se le permite al funcionario público establecer e identificar los efectos que el acto administrativo puede tener en el ordenamiento jurídico, es decir permite identificar si existe un riesgo jurídico, este último es un elemento intrínseco de la propia actividad de la administración que manifiesta su voluntad y produce efectos jurídicos.

En el procedimiento de elaboración de los actos administrativos se debe identificar el riesgo jurídico como elemento técnico y estructural del acto administrativo, con ayuda de la memoria justificativa que conlleva al control de calidad del acto que se expide.

El Estado es una empresa que brinda servicios a los administrados uno de ellos es la expedición de actos administrativos, esta función se desarrolla en el marco constitucional y legal para concretar los fines del Estado Social de Derecho, por tal motivo debe expedirse actos administrativos de calidad que tengan la menor probabilidad de producir un daño antijurídico a una persona.

El funcionario público tiene mayor control en el acto administrativo que expide y sus efectos al identificar el riesgo jurídico ya que puede administrarlo, ya sea que lo mitiga, previene, lo comparte o lo traslada, es decir que con ello se previene el daño antijurídico y la reducción de demandas contra el Estado, además de mejorar la confianza del administrado en la Autoridad Administrativa.

PALABRAS CLAVES: Riesgo, Riesgo Jurídico, Incertidumbre, Contingencias, Derecho administrativo, Ordenamiento Jurídico, Acto administrativo, Medios de Control, daño antijurídico, Técnica Normativa, Control del Riesgo, función administrativa, Control de Calidad.

Contenido

Introducción.....	8
EL CONCEPTO DE RIESGO JURÍDICO EN EL CONTEXTO DE LA DOCTRINA Y LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO	15
1. Introducción.....	15
2. El riesgo: elemento que está en el quehacer del hombre.....	16
3. El derecho y el riesgo	20
3.1 El ordenamiento jurídico y el riesgo jurídico	24
4. Importancia de la técnica normativa como control del riesgo.....	38
4.1 Evolución de la técnica normativa.....	39
4.2 La técnica normativa y los principios de la función administrativa	43
4.3 Técnica normativa y los actos administrativos	54
4.4 Importancia de la memoria justificativa y la elaboración de actos administrativos	58
5. Conclusiones.....	60
EL ACTO ADMINISTRATIVO, ELEMENTOS ESTRUCTURALES SEGÚN LA LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA	63
6. Conceptualización del acto administrativo.....	63
7. Elementos que configuran el acto administrativo: desde el ámbito doctrinal	66
7.1 Elemento subjetivo	68
7.2 Elemento objetivo.....	69
7.3 Elemento causal	70
7.4 Elemento finalista	72
7.5 Elemento Formal.....	72
8. Atributos del acto administrativo	73
8.1 La validez del acto	73
8.2 La eficacia.....	74
8.3 La ejecutividad.....	75
8.4 La oponibilidad	76
9. Características, elementos no esenciales del acto administrativo.....	76
10. La técnica normativa en la elaboración de actos administrativos	77
EL RIESGO JURÍDICO DE PRODUCIR UN DAÑO ANTIJURÍDICO CON LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR	81
11. La implicación en el ordenamiento jurídico de los actos administrativos de carácter particular.....	81
12. El riesgo jurídico en los actos administrativos de carácter particular	84
12.1 Riesgo jurídico de corrección en la forma – técnico – procedimiento no esencial del acto administrativo.....	86
12.2 El riesgo jurídico que el acto administrativo de carácter particular se impugne ante la jurisdicción.....	88
12.2.1 El riesgo jurídico que el acto administrativo infrinja la Constitución o Ley..	88
12.2.2 El riesgo jurídico que los efectos jurídicos del acto administrativo afectación del orden público, político, económico, social o ecológico.....	90
12.2.3 El riesgo jurídico que el acto administrativo lo expide un funcionario público sin competencia	90

12.2.4	El Riesgo Jurídico que el acto administrativo se expide con desviación de poder	91
12.2.5	El Riesgo Jurídico de elaborar un acto administrativo con falsa motivación o sin motivación	92
12.2.6	El Riesgo Jurídico de expedir un acto administrativo de forma irregular	92
12.3	El Riesgo Jurídico de causar un daño antijurídico con un acto administrativo legal	93
12.4	Jurisprudencia del Consejo de Estado por el daño antijurídico de actos administrativos legales	94
12.5	El riesgo jurídico elemento técnico del acto administrativo	102
EL RIESGO JURÍDICO ELEMENTO TÉCNICO Y ESTRUCTURAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y LA PREVENCIÓN DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO.		
	ANTIJURÍDICO.	104
13.	LEY 1437 DE 2011	106
14.	EL MIPG.	114
15.	POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DE DAÑO ANTIJURÍDICO.	119
16.	MANUALES Y METODOLOGÍAS EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.	123
16.1	METODOLOGÍA PARA ELABORAR UN ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER PARTICULAR.	124
CONCLUSIONES.		129
REFERENCIAS		137
LEYES		137
DIRECTIVA PRESIDENCIAL		137
DECRETOS		137
CONPES		139
JURISPRUDENCIA		139
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.		139
CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA.		140
DOCTRINA		143
Bibliografía		143
MANUALES INSTITUCIONALES.		145
FUENTES VIRTUALES		146
ABREVIATURAS		147

Introducción

En el Estado Social de Derecho la autoridad administrativa a través de los funcionarios públicos que la integran manifiesta la voluntad del Estado con los hechos, operaciones, contratos, omisiones o actos administrativos, estos instrumentos tienen la finalidad de cumplir los fines del Estado y garantizar los derechos de los administrados de acuerdo con la Constitución Política de 1991.

La actividad de la administración pública produce efectos jurídicos, ya que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas nuevas, debido a que el ordenamiento jurídico es cambiante y los funcionarios públicos se enfrenta a innumerables retos producto de la transformación que se genera con la tecnología y la cultura del conocimiento, de allí que algunos sociólogos han establecido que se está en la sociedad del riesgo (Beck, 2000) en la que se busca reducir los riesgos, promover la buena gestión y la calidad en productos o servicios.

El acto administrativo es el instrumento que manifiesta la voluntad estatal, por ello los funcionarios públicos tienen la responsabilidad de elaborar actos administrativos de carácter general o particular eficientes, eficaces y con presunción de legalidad para concretar los fines de administración; además estos actos administrativos deben tener la menor probabilidad de causar un daño antijurídico a una persona.

La autoridad es responsable de todos los efectos que se producen en el ordenamiento jurídico por sus acciones o las omisiones, como lo establece el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 en donde todo daño antijurídico que se impute a la autoridad la hace responsable, generando con ello la indemnización integral y patrimonial al administrado afectado.

En el Estado Social de Derecho los administrados tienen la garantía que los actos administrativos que se expidan producen efectos jurídicos positivos y no efectos negativos, este último es un riesgo de la actividad de la administración pública.

En este orden de ideas se puede establecer que la actuación de la autoridad tiene un riesgo jurídico, este es un elemento que debe comprenderse y analizarse, si el funcionario público en la etapa de elaboración de los actos administrativos lo identifica previo a la expedición, el riesgo jurídico se puede controlar, reducir, o trasladar.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado se identifican los diferentes escenarios en los cuales hay riesgos jurídicos que se han o no consumado para la administración, con lo anterior se puede estructurar un mapa riesgos jurídicos para el acto administrativo, así se propone una política de prevención del daño antijurídico a partir del control de calidad en la etapa de elaboración del acto administrativo.

La autoridad debe tener conciencia que hay un riesgo jurídico en el momento que se emiten actos administrativos, por ello con ayuda de la técnica normativa en el procedimiento de elaboración en el cual se identifican los elementos que estructuran el acto administrativo, se genera que la administración expida actos de calidad conforme al principio de legalidad.

Frente a esta condición del derecho colombiano, se proyecta esta investigación que plantea la siguiente pregunta de investigación ¿debe el riesgo jurídico ser considerado como un elemento técnico y estructural del acto administrativo que debe estar presente en la etapa de elaboración previo a su expedición, para hacer mejorar el funcionamiento de la administración y reducir el daño antijurídico? Frente a este cuestionamiento se propone la hipótesis de “establecer que el riesgo jurídico como un elemento técnico y estructural del

acto administrativo, para prevenir el daño antijurídico en la gerencia jurídica pública contemporánea”.

Así mismo se establece como objetivo general de este trabajo, comprender el concepto de riesgo jurídico como un elemento técnico y estructural del acto administrativo que debe estar presente en la etapa de elaboración previo a su expedición, para hacer mejorar el funcionamiento de la administración y reducir el daño antijurídico. Para lograr este propósito, surgen como objetivos específicos en primer lugar, identificar el acto administrativo, elementos estructurales según la legislación, jurisprudencia y la doctrina; en segundo lugar, analizar el riesgo jurídico de producir un daño antijurídico con la expedición de actos administrativos de carácter particular, y, en tercer lugar, comprender el riesgo jurídico como elemento técnico y estructural que previene el daño antijurídico.

El trabajo de investigación se desarrolló con un método cualitativo y el hipotético deductivo, que permitió desglosar los conceptos, a través de la sistematización de información recolectada. De allí que primero se hizo un estado del arte respecto del concepto de riesgo y su alcance con la dogmática del derecho administrativo; se investigaron los elementos que estructuran el acto administrativo, para definir sus elementos esenciales, atributos, características y elementos no esenciales. Así mismo se realizó un proceso de recolección de jurisprudencia que se centró en revisar las sentencias referentes a la acción de reparación directa contra actos administrativos, lo que permitió definir el objetivo de la presente investigación, y así identificar el riesgo jurídico como elemento técnico y estructural del acto administrativo de carácter particular para prevenir el daño antijurídico.

En la revisión de trabajos que podría considerarse como antecesores pueden presentarse los siguientes. En primer lugar, se encuentra el trabajo de Pérez (2013), que busca profundizar en el estudio doctrinal, normativo y jurisprudencial de la validez y eficacia como requisitos esenciales del Acto Administrativo en Colombia. Así mismo

plantea el interrogante acerca de cómo repercute tales elementos en la posterior aplicación de la actuación de la administración, (Pérez, 2013). En segundo lugar, Molina B (2002), presenta un artículo denominado “El control de la legalidad de los actos administrativos en Colombia”, en el que expresan que en Colombia, el respeto por el principio de legalidad se impone sobre el gobierno que debe basar sus decisiones sobre una norma judicial superior. El acto legislativo es ilegal cuando no tiene respeto por la jerarquía positiva contrario a la ley positiva. Por eso, la adhesión constante a la ley de la actividad administrativa es una garantía de estabilidad y seguridad judicial para los ciudadanos. No podría existir alguna otra manera de evitar la excesiva arbitrariedad del poder y el orden judicial inestable. Frente a lo cual expone como pregunta principal es: ¿es posible en la Ley Colombiana suspender el acto administrativo para proteger el sistema judicial?

Sobre el riesgo jurídico es posible reseñar el texto de Luengas Pinzon (2015), que pretende exponer cómo en la actualidad se estiman, tipifican y asignan los riesgos en la contratación, las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, basándose en la Ley 1150 de 2007, el Conpes 3714 de 2011 y el Decreto Ley 4170 de 2011. Conociendo los riesgos que pueden alterar el equilibrio económico del contrato y como Colombia Compra Eficiente, guían a las Entidades Estatales buscando mecanismos y pautas para lograr mitigarlos, de igual forma, se señala la diferencia que hay entre riesgos previsibles e imprevisibles. Para un mejor entendimiento del tema, se ejemplariza los riesgos previsibles e imprevisibles para identificar los mismos en los actos administrativos.

En segundo lugar se encuentra el trabajo de Reginfo (2015), titulado “Teoría de los riesgos previsibles en los contratos estatales de prestación de servicios profesionales” en el que expone que la Ley 1150 de 2007 contempló dentro de su articulado el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. Por su parte, el Decreto Nacional 0734 del 13 de abril de 2012 –hoy derogado por el Decreto 1510 de 2013- impuso la obligación a las entidades del Estado de incluir los riesgos previsibles en los estudios previos, pero sólo aquellos que puedan afectar el equilibrio económico del contrato que pretenda celebrar la

Entidad Pública contratante. Aunado a lo anterior, el Decreto Nacional 1510 del 17 de julio de 2013 –vigente conforme al régimen de transición a partir del 1 de enero de 2014– también contempla la teoría de los riesgos dentro de su articulado.

No obstante, lo anterior, la normatividad legal pese a su esfuerzo no puede regular todas las situaciones, prueba de ello, es que para los contratos de prestación de servicios profesionales la disposición legal en lo que respecta a los riesgos previsibles resulta ser innecesaria por la naturaleza misma de éstos y otras razones que abordaremos a fondo en este escrito. Es así como las actuaciones que se desplieguen en la contratación Estatal deben funcionar sobre una lógica económica, por ello, resulta pertinente investigar sobre la eficacia o no de incorporar los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico en los contratos de prestación de servicios profesionales cuando la ejecución de éstos depende exclusivamente del desarrollo intelectual que corre por cuenta del contratista.

Teniendo en cuenta los trabajos mencionados, a continuación, se expondrán las partes en las que está dividida este trabajo. En la primera parte de este trabajo, se analizará o discutirá quiénes son los encargados de la legalidad administrativa en Colombia; en la segunda, se observará las condiciones de regularidad de dicho acto administrativo. Para desarrollar lo anterior, la investigación se desarrolla en cinco capítulos. El primero es: el concepto de riesgo jurídico en el contexto de la doctrina y la administración del estado. Se aborda todo el concepto de riesgo, su evolución y se identifica que las acciones y las omisiones de la administración tienen relevancia y modifican el ordenamiento jurídico de manera positiva y/o negativamente afectando a un administrado, por ello se ha implementado una técnica normativa que le permite a la administración tener mayor control en la elaboración de los actos administrativos de carácter general, y se evidencia la carencia de la técnica normativa para la elaboración de los actos administrativos de carácter particular.

El segundo capítulo se denomina: el acto administrativo, elementos estructurales según la legislación, jurisprudencia y la doctrina. En este se define el acto administrativo, sus elementos, atributos, características y los elementos no esenciales, que son fundamentales en el momento que el funcionario público elabora el acto administrativo.

El tercer capítulo se titula: el riesgo jurídico de producir un daño antijurídico con la expedición de actos administrativos de carácter particular. Se estudia la relevancia que tienen los actos administrativos en el ordenamiento jurídico, por ello es una actividad en la cual es imprescindible el riesgo jurídico, pero ¿Qué es riesgo Jurídico?, este es un concepto que se encuentra en las diferentes áreas del derecho, por ello se define el riesgo jurídico y se identifican los tres riesgo que asisten al acto administrativo que son: El primero, el riesgo jurídico de corrección; el segundo, el riesgo jurídico que el acto administrativo de carácter particular se impugne ante la jurisdicción. Y el tercero, es el riesgo jurídico de causar un daño antijurídico con un acto administrativo legal. Se seleccionó la jurisprudencia referente a los actos administrativos que se demandaron con el medio de control de reparación directa (antes acción con el anterior código contencioso administrativo), y con los cuales se ha causado un daño antijurídico.

El cuarto capítulo se denomina: el riesgo jurídico elemento técnico y estructural que previene el daño antijurídico, teniendo en cuenta los pasos para elaborar un acto administrativo de carácter general establecidos en el Decreto 1609 de 2015 “Por el cual se modifican la directrices generales de técnica normativa de que trata el título 2 de la parte 1 del libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República”, y los manuales que ha implementado la ANDJE para prevenir el daño antijurídico, se propone un procedimiento de elaboración para actos administrativos de carácter particular partir de la identificación del riesgo jurídico como elemento técnico y estructural del acto administrativo para prevenir el daño antijurídico.

Y en el último capítulo, se indican las conclusiones a las cuales se ha llegado con la presente investigación.

CAPÍTULO I.

EL CONCEPTO DE RIESGO JURÍDICO EN EL CONTEXTO DE LA DOCTRINA Y LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

1. Introducción

El riesgo es un elemento en la cotidianidad del ser humano y a pesar de que antes del siglo XVI el hombre era consciente de este elemento, desarrollaba la manera de prevenir y evitar toda contingencia que afecta su patrimonio o su persona. Por ello, prevenir efectos negativos fue una tarea fundamental para los comerciantes de la época antigua.

Así mismo este concepto ha tenido un desarrollo en la sociología, la economía, la medicina, en el derecho y en otras áreas; por tal motivo ha ido tomando diferentes matices como son el riesgo económico, el riesgo social, el riesgo país, y en el derecho administrativo cuenta con la figura del riesgo jurídico.

El riesgo jurídico es un elemento que se encuentra presente en el momento que la administración pública desarrolla sus actividades, siendo estas últimas concretadas en actos administrativos, contratos, operaciones, hechos u omisiones, dado que son los instrumentos con los que la administración pública manifiesta su voluntad, y con los cuales genera efectos jurídicos, ya sea creando, extinguiendo o modificando derechos para los administrados o en contra de éstos. Por ello el riesgo jurídico es un elemento que debe ser controlado, administrado, compartido o trasladado, de allí que a través de los elementos que conforman la técnica normativa se conozca del mismo.

2. El riesgo: elemento que está en el quehacer del hombre

Los actos y decisiones que rodean al hombre se someten a la incertidumbre del futuro, por ello, desde las grandes culturas antiguas como, Mesopotamia y China, se buscaron la manera de concretar los objetivos y las metas que el hombre se proponía. Por esa razón estas culturas antiguas, antes que la palabra riesgo estuviera presente, “el hombre se sometía a la magia, las grandes fuerzas místicas y el orden cósmico de las cosas” (Luhmann, 2006, p. 53), que evitaba y prevenía de la desgracia o del peligro, eventos que eran obstáculos para alcanzar las metas.

Pero el caso de los comerciantes fue diferente, ya que tenían bienes, productos, riquezas, no podían someter todo al azar, o a la magia, por ello, como eran quienes sufrían mayores pérdidas por los actos de piratería y asaltos, comenzaron a adquirir préstamos de altos costos durante el periodo en el que la caravana que transportaba la mercancía llegaba a su destino final, y si esta no sufría ninguna eventualidad se devolvía el dinero. Es decir que los mercaderes babilónicos entre los años 4000 y 3000 A.C. configuraron “un caso de temprano control de riesgo planificado” (Luhmann, 2006, p. 54).

Estas culturas configuran de alguna manera la conciencia sobre el riesgo, que rodeaba sus actividades, por ello con valores como la unión y la solidaridad, las personas buscaron protegerse de los daños y de los peligros que podían presentarse sobre sus bienes. Se dieron cuenta que de la unión podrían disminuir el precio de una eventual pérdida.

El miedo de pérdida entendió como el riesgo de pérdida que los comerciantes llegaban a asumir de sus mercancías, dio origen a una institución del derecho comercial, el contrato de seguro. Este tipo de contratos fueron tomando mayor fuerza, en el siglo XIV se encuentra el contrato de seguro marítimo, y el fin de este contrato era proteger el riesgo de pérdida de la mercancía:

“Para sustituir al préstamo a la gruesa, a principios del siglo XIII, se crea el seguro marítimo reemplazando el desembolso inmediato de una cantidad de dinero, por la indemnización que debía recibir el propietario del buque en el caso de que se produjeran los daños” (Barrera Graf, 1957)

Por tanto, el concepto de riesgo llega a la sociedad por medio del contrato de seguro, puesto que el objeto del contrato era proteger los bienes del riesgo a perderlo. La palabra de riesgo empieza a ser usado por la sociedad a partir del siglo XVI, con el uso de la imprenta, palabra riesgo de daño o peligro, no solo se usaba para configurar el contrato de seguro, dependiendo el objeto que se quisiera proteger, de allí las cláusulas que caracterizaban este contrato como “adrisicum et fortunam”, “prosecuritate et risico” (Luhmann, 2006, p. 54). Pero el término de riesgo también fue usado como SCIPIO AMMIRATO que difunde “rumores corre el riesgo (rischio).” (Luhmann, 2006).

El riesgo no puede confundirse con el concepto de peligro o daño, a pesar de que en inglés encontramos palabras como hazard o jeopardize, se debe diferenciar, el peligro, el cual puede considerarse como el daño provocado externamente, es decir que se le atribuye al entorno (Luhmann, 2006, p. 66).

La palabra riesgo la sociedad hace conciencia a partir de la edad moderna, este breve desarrollo de la palabra riesgo en la historia nos permite entender su origen. Por otro lado, en el diccionario de la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (Rae, s.f.), establece que la raíz de la palabra riesgo, es árabe, y proviene de rizq, risico, rischio, que significa es contingencia o proximidad de un daño.

En la enciclopedia de filosofía de STANFORD que el riesgo se define a partir de su contexto, si no es técnico se refiere a:

“In non-technical contexts, the word “risk” refers, often rather vaguely, to situations in which it is possible but not certain that some undesirable event will occur. In technical contexts, the word has several more specialized uses and meanings. Five of these are particularly important since they are widely used across disciplines:

1. Risk = an unwanted event which may or may not occur.
2. Risk = the cause of an unwanted event which may or may not occur.
3. Risk = the probability of an unwanted event which may or may not occur.
4. Risk = the statistical expectation value of an unwanted event which may or may not occur.
5. Risk = the fact that a decision is made under conditions of known probabilities (“decision under risk” as opposed to” (stanford, 2013)

El concepto de riesgo depende del contexto técnico o no técnico, de la especialidad, y de la disciplina en que se estudia, es decir el riesgo es la posibilidad de constituir un daño, ocasionando pérdidas que afectan en algún ámbito al hombre.

Por tanto, el riesgo es la alteración de la seguridad que tiene el hombre en los diferentes contextos en los que tiene que decidir, por ello solo existe un riesgo, el cual tiene diferentes matices, que dependen del entorno, la ciencia o la especialidad en la que se presente. Por lo menos el riesgo el riesgo económico que es “El riesgo económico hace referencia a la incertidumbre producida en el rendimiento de la inversión debida a los cambios producidos en la situación económica del sector en el que opera la empresa” (Mascareñas, 2008).

El riesgo financiero es “También conocido como riesgo de crédito o de insolvencia, el riesgo financiero hace referencia a la incertidumbre asociada al rendimiento de la inversión debida a la posibilidad de que la empresa no pueda hacer frente a sus

obligaciones financieras (principalmente, al pago de los intereses y la amortización de las deudas)” (Mascareñas, 2008); el riesgo país es el “Riesgo adicional al cual se ve expuesto un negocio por estar ubicado o vinculado a una economía emergente” (Bravo Orellana, s.f).

En sociología se han desarrollado diferentes estudios del riesgo, uno de ellos es por el Sociólogo Ulrich Beck¹, quien ha definido a nuestra sociedad como “sociedad de riesgo”. Esta sociedad es la consecuencia de la acelerada transformación y globalización con la que vivimos, han generado que la vida del hombre evolucione y se concentre en la tecnología, en las nuevas investigaciones científicas.

Ulrich Beck define el término riesgo para este sociólogo es: “El riesgo empieza donde la confianza en nuestra seguridad termina” (Beck, 2000). Esta definición nos permite establecer que el hombre necesita de estar seguro de sus actos para poderlo llevar a cabo, cuando existe la inseguridad o la variable de generar una contingencia, no deseada, se crea el riesgo.

Asimismo, Niklas Luhmann, en su libro Sociología Del Riesgo, establece el riesgo a partir de la incertidumbre del futuro. El futuro se convertirá en su presente, razón por la que busca tener seguridad de vivirlo en buenas condiciones. Para Luhmann el riesgo se relaciona con la variante que tiene el hombre en una situación de decisión (Luhmann, 2006), es decir el riesgo hace parte del diario vivir de todas las personas, dado que éste toma decisiones para poder alcanzar sus propósitos. Es por ello por lo que establecerse la

¹ Ulrich Beck Sociólogo Alemán que ha pertenecido a la Comisión para el Futuro de los gobiernos alemanes de Baviera y Sajonia. Ha pertenecido al Instituto de Estudios avanzados de Berlín, Wissenschaftskolleg (1990-1991). Dirige el centro de investigación sobre la modernización de la Universidad de Munich, que trabaja en colaboración con otras instituciones académicas germanas (Sonderforschungsbereich). BECK, se acerca a los problemas de la nueva sociedad, que no son los mismos que describía la sociología de las sociedades precedentes, y encuentra en la complejidad de las relaciones, la desregulación absoluta, la prevalencia del poder y decisión de las corporaciones, la inhibición de los poderes políticos o su cooptación por el poder económico, una fuente de incertidumbre, inseguridad y riesgos. La sociedad postmoderna asume una carga de riesgo –risikogesellschaft- en su propia identidad que encierra una grave contradicción: el peligro de supervivencia de la especie.

conciencia del riesgo, se presupone de una segura, que se exime de daños o peligros, o efecto nocivo en la vida o patrimonio de la persona.

Luhman establece que el riesgo de la decisión es “considerar que el posible daño es una consecuencia de la decisión” (Luhmann, 2006, p. 66). De allí que las personas deban realizar un análisis previo frente a toda decisión que se deba tomar, así como sucede en la Administración pública, que, por medio de los servidores públicos, expiden actos administrativos, frente a los cuales se deba realizarse estudios previos e investigaciones antes de su expedición, para prevenir las consecuencias peligrosas o dañinas que esta decisión pueda generar.

3. El derecho y el riesgo

El concepto de riesgo se ha incorporado en diferentes ciencias, como se presentó en el punto anterior, el riesgo es un concepto que se ha incorporado desde la antigüedad en el Derecho. El riesgo lo encontramos en el derecho comercial en el contrato de seguro; en el derecho laboral con los riesgos profesionales; y en el derecho administrativo, toda actuación u omisión de la administrativa pública produce efectos en el ordenamiento jurídico siendo positivos o negativos para el administrado.

En la teoría General del seguro, el riesgo es un elemento fundamental para este tipo de contratos, autores como J Efrén OSSA G.; Luis Ruiz Rueda. Y Abel B. Veiga Copo. Estos tratadistas tienen una característica común en cuanto a la definición del riesgo, es la:

“Posibilidad de pérdida”; “Eventualidad dañosa” o “eventualidad desfavorable, la eventualidad de un daño o más exactamente, la eventualidad de verificarse un evento económicamente dañoso en la esfera jurídica y económica de un sujeto, el asegurado.

El riesgo, se compone de incertidumbre, es la falta de certeza de una situación que genera la necesidad de prevenir los efectos o situaciones adversas que se puedan generar a nivel personal o patrimonial de una persona. Por ello que, para tener conciencia del riesgo, no solo basta definirlo, sino que es necesario estudiar sobre la contingencia que posiblemente pueda suceder, y llegar valorar, caracterizar, administrar o controlar la misma.

El riesgo en el contrato de seguro es el elemento que genera su existencia, de allí que se deba conocer qué es riesgo y que no es riesgo, en la teoría se encuentra el riesgo especulativo, el cual permite tener una expectativa de pérdida o ganancia, es decir que la persona se encuentra entre el posible fracaso o el posible lucro.

Y también se encuentra el riesgo puro, el cual es la posibilidad de pérdida, o la incursión imprevista de una necesidad económica, es decir que se tiene mayor certeza de la pérdida o el daño.

La realización del riesgo también genera el daño moral o físico que puede sufrir una persona. Es por ello por lo que el contrato de seguro tiene el fin de indemnizar a quien se le realice un riesgo y lo afecte.

Pero, el contrato de seguro no solo busca indemnizar al afectado, sino prevenir la realización del riesgo, por ello que la prevención es elemento que al igual se debe estudiar, puesto que se debe buscar eliminarlo o disminuirlo de la vida del hombre.

Por ello la mejor solución al riesgo, se configura cuando se conoce el riesgo y se tiene conciencia de los efectos que genera la realización, por ello que dependiendo del contexto

en el que se presenta se tiene que mirar las variables que le van dan unas determinadas características.

En el contrato de seguros hay una variada clasificación del riesgo, esta clasificación es necesaria para que el contrato pueda establecer el riesgo asegurable, y que no se puede asegurar. Esta clasificación es por su naturaleza, (riesgos personales, riesgos reales, riesgos patrimoniales); en atención a la mutabilidad del riesgo, (riesgo constante, riesgo progresivo, riesgos decrecientes); por la evaluación matemática del riesgo, (riesgos elementales, riesgos compuesto, riesgos complejos) (Ossa, 1988, p. 5).

El control del riesgo permite establecer su grado de probabilidad y realización, no todo puede considerarse riesgo, sólo la contingencia que tenga mayor probabilidad de ocurrir, este será el riesgo cubierto. Con la teoría de la mutualidad, la ley de los grandes números, la probabilidad estadística, se puede esclarecer la probabilidad del riesgo, es decir su intensidad, y la manera cómo se repartirá y distribuirá este.

Del contrato de seguro, área del derecho han realizado un arduo estudio del riesgo, se puede concluir que se debe dar una mejor solución al problema del riesgo, por medio de la prevención, controlarlo o administrarlo. Y dependiendo del contexto que rodee el riesgo, se puede llegar disminuir o eliminar.

Una segunda área del derecho que incorpora el concepto de riesgo es en derecho laboral, en donde el empleador asume la responsabilidad del empleado durante el tiempo en que se encuentra ejecutando la labor encomendada por el empleador, desde el siglo XIX con la revolución industrial, se empieza a brindar mejores condiciones y seguridad a los obreros de las fábricas.

En el derecho colombiano encontramos el sistema general de riesgos laborales, que entra en la legislación a partir de la ley 100 de 1993, pero su desarrollo se dio con el Decreto ley 1295 de 22 de junio de 1994, que define el sistema como el “conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan” (Cortes Riaño, 2013).

Frente a la eventualidad de una contingencia que se produce como consecuencia directa del trabajo o la labor encargada por el empleador, es obligatorio por el empleador contrate a una Entidad Administradora de Riesgo Profesionales (Rodríguez Mesa, 1997), ARP, la cobertura de los empleados depende del cargo y labor que realizan en la empresa. De esta manera el empleador está protegiendo a sus empleados, sino también su patrimonio, el cual podría verse afectado por una demanda laboral.

Al igual que en el derecho comercial, en el derecho laboral, se busca prevenir la contingencia que configure un detrimento en el patrimonio de una persona, o evitar que un peligro que lo afecte física o moralmente, por tal motivo, crear la conciencia del riesgo, a pesar de la reiteración, solo conociendo de este, se puede tomar medidas que lo prevengan, porque no basta con tener un ahorro, que indemnice la pérdida o daño, se busca manejar para garantizar su menor afectación.

El concepto de riesgo se ha incorporado en diferentes áreas y este ha sido un elemento de gran importancia, su estudio busca conocer su naturaleza, para evitar sus consecuencias dañosas, por ello que se previene, traslada, elimina o asume el riesgo, y dependiendo del contexto y la situación, se toma la mejor opción.

En derecho administrativo, el concepto de riesgo también se hace presente, toda actividad que es desarrollada por los servidores públicos, que hacen parte de las instituciones y organizaciones públicas que conforman el Estado, que tienen atribuciones de expedir actos administrativos tienen el riesgo de constituir un eventual daño al particular, cumpliendo los fines del estado social de derecho en donde se satisfaga una necesidad general.

Es por ello por lo que es el riesgo jurídico es el eventual daño patrimonial o moral causado a una persona, efecto de la manifestación de la administración pública, que debe ser administrado para no causar un posible detrimento al patrimonio de la nación, quien tiene que asumir los costos de las demandas por responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano.

Para los desarrollos en otros países, como por ejemplo del caso mexicano, el concepto de riesgo se considera a éste como una amenaza de un accidente susceptible de causar a alguien un daño o perjuicio derivado de circunstancias que se pueden prever, pero no eludir, (Estrada, 2014).

3.1 El ordenamiento jurídico y el riesgo jurídico

Con la Constitución de 1991, se buscó la modernización de la administración, como lo plantea en su artículo 20 transitorio que da la potestad al Gobierno Nacional para reformar la administración; y los artículos 209 y 269, que establecen que la función administrativa está al servicio del interés general respetando los principios que la componen (la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad); y la creación de un método y procedimiento de control interno en cada entidad dependiendo la naturaleza de la función. De esta manera las instituciones públicas se ponen en consonancia con los fines del Estado social de derecho, que se configura en la Carta de 1991.

La administración pública ha sido afectada por situaciones de corrupción, de clientelismo y de politiquería, generando la decadencia de la confianza de las Entidades públicas, tanto a nivel central y como descentralizado, por ello, para generar una mejor administración, recuperar la legitimidad de la institución ESTADO y la confianza de los ciudadanos, se ha incorporado *el modelo gerencial*, que materializa la interacción entre las tres ramas del poder público, el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Es por ello por lo que, teniendo el modelo gerencial, implementa la *administración del riesgo*, por tanto, las instituciones públicas, implementan un método y un proceso de control del riesgo respecto de las actividades diarias que realiza la administración pública; está debe prestar un servicio y brindar productos de calidad a los ciudadanos para concretar los fines del Estado Social de Derecho.

El riesgo jurídico ingresa en el ordenamiento jurídico de Colombia, primero, con la implementación del control interno de las entidades; segundo, la promoción al sistema de gestión de calidad, tercero, la implementación de la técnica normativa; cuarto, la implementación y el mejoramiento de la defensa legal del Estado; quinto como en la implementación la contratación pública incluye la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en los contratos que celebren las entidades públicas; y sexto, la implementación del modelo de gerencia a nivel distrital.

De esta manera planteó las diferentes normas en las cuales se ha implementado el riesgo jurídico, con relación al control interno que debe tener las entidades públicas; primero, la ley 87 de 1993, “por la cual se establece las normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”. Como lo indica su título en sus 16 artículo presenta la definición de Control Interno, y la manera como debe implementarse en todos los organismos y entidades de la rama del poder público.

Es a través de control interno que se establece un sistema integrado, que, dependiendo de la naturaleza y característica organización o entidad pública, implemente un conjunto de planes, de métodos, de procedimientos, mecanismos y actuaciones. Estos permiten administrar, prevenir, corregir, desviar el riesgo jurídico que afecte los objetivos de las entidades públicas, las cuales deben desarrollar todas sus actividades conforme a la constitución y las leyes vigentes.

Es de destacar que en el artículo 2° define los objetivos del control interno y el primer literal es la administración del riesgo jurídico, implementación de mecanismo que lo prevengan, lo detecten y lo corrijan. El fin de esta ley en cuanto al riesgo jurídico es generar que las entidades públicas, lo delimiten, para así empezar su control.

Esta ley es clara en cuanto a su objetivos, de implementar el control interno, pero no hay un desarrollo de austero de esta ley, a partir de la ley 489 de 1998 “por la cual se establece la organización y funcionamiento de la administración pública”; y el decreto que reestructura el departamento administrativo de la función administrativa, decreto 1677 de 2000, que buscan modernizar la administración pública, ya que se necesita una gestión que concrete los principios de transparencia, eficiencia, eficacia, economía celeridad en la actividad administrativa.

La expedición del decreto 1537 de 2001 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 87 de 1993 en cuanto a elementos técnicos y administrativo que fortalezcan el sistema de control interno de las entidades y organismos del Estado”. Decreto que es concreto y sencillo para establecer la implementación en las entidades y organismos del Estado para que adopten manuales de procedimiento que permitan concretar la función de control interno, es de esta manera como se garantiza.

Con los manuales de procedimientos se implementa la política de administración de riesgo, por tanto, cada funcionario público, realizará la identificación y análisis del riesgo jurídico, siendo un proceso permanente e interactivo entre la administración y las oficinas de control interno. Esta última tiene que realizar cinco actividades: - valorar el riesgo; - acompañar y asesorar; - realizar evaluaciones y seguimientos; - fomentar la cultura de control, y – la relación con entes externos.

Esta conciencia del control y administración del riesgo jurídico, generar que los funcionarios públicos evalúen los aspectos internos y externos, haciendo una administración responsable de toda su actividad, ya que puede configurarse una contingencia que genere una afectación a la nación.

Como lo ha establecido el Departamento de la Función Pública, debe existir una estrategia que promueva el mejoramiento continuo de la gestión de los servidores públicos y las instituciones en todo el territorio nacional, para así cumplir los fines del estado social de derecho.

Segundo, para el año 2002 se establece la Política Pública de reforma a la administración pública implementado un modelo general, Directiva N° 10 de 2002 de la Presidencia de la República de Colombia, en la que se establece la promoción a las actividades de la administración de forma responsable, con eficiencia, eficacia, transparencia, con estándares de calidad y con celeridad.

Posteriormente se expide la ley 872 de 2003 “Por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios.” Ley que siguió el desarrollo normativo con relación al riesgo jurídico que se encuentra en la administración pública. Esta ley tiene el objetivo de promover un mejor funcionamiento y modernizar los procesos en la actividad administrativa, por medio del

control del riesgo probable, que puede prevenir la afectación de las expectativas que tiene la población de la actividad administrativa.

Esta ley establece las directrices que son desarrolladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública con los cuales los organismos y entidades del Sector Central y del Sector Descentralizado que integra la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden Nacional, implementan el sistema de gestión de calidad para establecer el desempeño institucional, la satisfacción social que está generando en la sociedad en la prestación de los servicios.

El sistema de gestión de calidad tiene la finalidad de asegurar que los usuarios reciban un servicio, por parte de los funcionarios, de manera oportuna con eficiencia y eficacia, es por ello por lo que se genera un mecanismo en el que se detecta, y corrige de manera oportuna toda contingencia que pueda afectar el negativo cumplimiento sus objetivos de las organizaciones y entidades del Estado, y por el contrario se garantice el servicio.

Esta ley estimo un tiempo de cuatro años para que se implementara el sistema de gestión de calidad, esto se debe a los diferentes estudios realizado a los usuarios, a la estructura interna, los objetivos de la entidad, por tanto, esto no solo permite conocer las debilidades de cada entidad, sino que genera un control del riesgo que tenga mayor probabilidad de ocurrencia, y que configure un obstáculo para la satisfacción de las necesidades básicas.

De acuerdo con el artículo 6 de la ley 872 de 2003, se expidió el decreto que reglamenta esta ley, el decreto 4110 de 2004, en el que se configura **La Norma Técnica de Calidad en la Gestión Pública NTCG 1000:2004**. Decreto que establece el Sistema de

Gestión de Calidad en las entidades públicas, para que se pueda realizar el seguimiento de su actividad conforme a indicadores como de eficacia, eficiencia y efectividad.

Con los lineamientos del CONPES 3250 de 2003, se expide el decreto 1599 de 2005, con el que se adopta el modelo estándar de control interno para el Estado colombiano MECI 1000:2005. Este promueve que las entidades del Estado configuren un control interno efectivo para que se logre la buena gestión, la transparencia, eficacia, economía, celeridad, publicidad.

La implementación de un control interno en las entidades del Estado procura que todas las actividades, operaciones y actuaciones sean de acuerdo con las normas constitucionales legales vigentes; es de esta forma que la Entidad tiene un control, a partir de términos de eficacia y eficiencia, se puede evaluar la gestión desarrollada.

Este modelo de control, que se divide en tres subsistemas: 1. subsistema de control estratégico, 2. subsistema de control de gestión y, 3. subsistema de control de evaluación.

En el primer subsistema de control estratégico, se establece la administración de riesgo la cual “permite evaluar aquellos eventos negativos tanto internos como externos, que pueden afectar o impedir el logro de los objetivos institucionales o los eventos positivos, que permitan identificar oportunidades, para un mejor cumplimiento de su función”.

Así mismo la Administración se constituye de elementos, que son el contexto estratégico, identificación de riesgo, valoración del riesgo, y políticas de administración del riesgo; con estos elementos genera que las Entidades de Estado reconozca el riesgo que les

asiste al momento que actúan, conociéndolo pueden usar una estrategia- política para mitigar sus efectos.

El riesgo jurídico es un elemento que debe ser administrado para evitar sus efectos negativos en el patrimonio del Estado, y como lo establece el Departamento Administrativo de la Función Pública, en la cartilla número 7 de 2009, -GUÍA DE ADMINISTRACIÓN DEL RIESGO- “la administración del riesgo permite a las entidades del Estado tener el control sobre el desarrollo y funcionamiento de los procesos, lo cual lleva no solo a una gestión pública más eficiente, sino también servirá para que se cumpla con los objetivos misionales de cada una de las entidades públicas y a su vez al cumplimiento de los fines del Estado.”

La modernización de la administración pública, genera una mejor gestión y establece altos estándares de calidad, que permitieran que los ciudadanos materializaron sus derechos, por ello, los elementos de eficacia y de eficiencia, se convirtieron en mandato constitucional, ya que las entidades deben dar alto rendimiento y productividad, y el modelo gerencial, la restructuración del el control interno, el implementado con Sistema de Gestión de Calidad, de cada entidad y organización del estado, generan un mayor conocimiento del riesgo jurídico.

Los funcionarios públicos incorporan procedimientos y mecanismos para realizar los estudios, estrategias, investigaciones, que antes de decidir o expedir unos actos administrativos se prevenga y controle los efectos negativos.

Tercero, a nivel nacional se expide el decreto 1345 de 2010 “por el cual se establecen las directrices de técnica normativa”, posteriormente modificado por el decreto 1609 de 2015, “por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el

título 2 de la parte 1 del libro 2 del decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República”. Con estos decretos se implementa el manual de técnica normativa para los futuros proyectos de decreto o resolución, que busca que la expedición de actos administrativos no solo genere una seguridad jurídica, evitar la exposición excesiva de decretos y resoluciones que no tengan un fin en el ordenamiento jurídico. El objetivo de crear actos administrativos de calidad, esto concreta un ordenamiento jurídico, eficaz, coherente y estructurado.

El decreto 1345 de 2010 se conforma por diecinueve artículos, con los que se implementa el manual de técnica normativa, que se encuentra en el anexo que contiene este decreto, es el manual para la elaboración de textos normativos, siendo el caso de decretos y resoluciones, se divide en cinco etapas: 1. la previa; 2. la de redacción; 3. la de publicidad, revisión y consulta; 4. la de expedición; y 5. la de archivo.

Estas cinco etapas son fundamentales para crear un buen acto, pero es en la etapa previa en la que se realiza, el estudio previo, una planeación, un estudio de la viabilidad jurídica, un estudio del impacto jurídico, económico, ambiental, social, cultural; etapas que desarrollan de una forma el análisis del riesgo jurídico del acto.

La etapa previa, se consolida a la vez de cuatro partes: i. es la planeación, que es el momento en que se plantea por qué debe existir el acto en el ordenamiento jurídico, es de esta manera que los actos no son simples hojas con letras que llenan espacio en blanco, sino que tiene una razón de ser, y dependiendo de este se da la iniciativa o no. ii. Identificación, esta contesta el interrogante del ¿para qué la existencia del acto?, el acto de tener un propósito, en que se verá afectada un sujeto o varios. iii. El impacto que puede tener el decreto o resolución, y el impacto jurídico, es el estudio que realiza el funcionario público, quien puede encontrar el riesgo de expedir un decreto o resolución, que sea contraria a la constitución o a la jerarquía normativa; vulnera el principio de legalidad, altere la seguridad jurídica, desarrollo temas de reserva legal; simplemente el acto no sea eficaz o efectivo, o que su expedición vulnere o altere los derechos de un ciudadano. iv. La verificación y

memoria justificativa, en donde se establece el cumplimiento de los tres primeros pasos y requisitos de esta etapa previa.

Este manual de técnica normativa es un elemento nuevo que permite que la realización de decretos y resoluciones sea de manera reflexiva y de autocrítica, por lo que el acto se configura a partir del ordenamiento jurídico vigente, y de las necesidades sociales, económicas, culturales que tiene la sociedad, y no por el interés político que lleva a la excesiva creación, generando un caos normativo.

Con este decreto se ve la iniciativa de la rama ejecutiva del poder público, de moderniza a la administración, implementando procedimientos para el desarrollo de sus tareas, la elaboración de los decretos y resoluciones son cuerpos normativos que desarrollan las leyes, por lo que su importancia es fundamental para que se concreten los derechos consagrado en la constitución de 1991 de los ciudadanos.

Con este decreto se presencia, la incorporación del modelo gerencial en la labor normativa es un elemento innovador, que concientiza al funcionario público de su labor, ya que dependiendo del decreto, resolución o acto administrativo la sociedad tendrá un mayor o menor desarrollo, la calidad del acto administrativo transforma la realidad.

Es de esta manera que debe pasarse de la cultura del poder hacer a saber hacer, puesto que no solo es realizar actividades, por cumplir tareas sin razón de ser, el modelo gerencial en la administración pública implementa mecanismos de autoevaluación autocorrección, que permite una estabilidad y sistematización normativa, lo que es, seguridad jurídica para el administrado.

Cuarto, el riesgo jurídico también se encuentra en la Defensa legal de La Nación, en el año 2003 el máximo organismo de coordinación de la política económica y de lineamientos y orientación de la política a nivel macro, el Consejo de Política Económica y Social, crea el CONPES 3250 de 2003, “la Líneas de Acción Para el Fortalecimiento de la Defensa Legal de la Nación y La Valoración de Pasivos Contingentes”. En este documento técnico que establece los parámetros con los que se busca fortalecer la defensa legal de la nación, presenta un sistema transversal en el que consolide la información, que permita a las entidades del Estado tener los insumos necesarios para la toma de decisiones. Y dentro de esos insumos se encuentra el riesgo, este elemento que se reconoce, evalúa y controla antes de tomar una decisión.

Quinto, Teniendo en cuenta el modelo de control MECI, el - elemento riesgo – se incorporó en especialidades como la contratación pública, con la ley 1150 de 2007, en su artículo 4° y 7°, promueve la administración del riesgo. Así mismo en el documento CONPES 3417 de 2011, que establece la política pública “del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”.

Sexto, A nivel distrital y siguiendo los lineamientos de la política pública de fortalecer la administración se implementó el modelo gerencial en la administración pública promueve el control social, así los ciudadanos pueden evidenciar o no la concreción de políticas sociales, porque el derecho es simple y accesible.

Se expide el decreto 654 de 2011, que establece "EL MODELO DE GERENCIA JURÍDICA PÚBLICA", para que el distrito capital y las entidades distritales, implementen un sistema de gestión, de orientación, de control en el ámbito jurídico que fortalezca la defensa judicial del distrito y la prevención del daño antijurídico.

Este es un decreto expedido la Alcaldesa Delegada de Bogotá Clara Eugenia López Obregón el día 28 de diciembre de 2011. Este decreto con el que implementa el modelo de gerencia jurídica en el distrito capital, con el que se incorporan diferentes parámetros que permiten que alcanzar fines de la constitución política, y los principios de derecho administrativo consagrados en el artículo 209 de la C.P. Eficacia y eficiencia, se concreten, generando una realización de los derechos de las personas.

Con este modelo se puede se establece la prevención del daño antijurídico, el cual es un elemento que ha afectado a las entidades que conforman el Estado, a nivel nacional y local, por ello que se de gran importancia los parámetros, así mismo genera que el fisco mejore la distribución de los dineros públicos, ya que un gran porcentaje se direcciona hacia las indemnizaciones que se paga por la respetabilidad del Estado a los ciudadanos, quienes se le ha causado un daño antijurídico.

Este modelo gerencial permite que las entidades nacionales o distritales, tomen en cuenta el talento humano que hacen parte de ellas, el funcionario público es quien desarrolla las actividades y materializa las metas de la misma entidad. Por ello las entidades deben de contar con un buen talento humano, que sea responsable y tenga en cuenta que es a través los actos que se desarrollan en la labor de la administración pública, que se logran los objetivos constitucionales y las políticas públicas dejan de ser ideales y se convierten en realidad.

Es por medio de este decreto que se genera una mayor conciencia del daño antijurídico, al funcionario público, porque en sus labores indirectamente puede involucrar la afectación positiva o negativa de los derechos de los ciudadanos, por ello que deba realizar labores con eficiencia y eficacia, evitando un daño antijurídico.

El decreto implementa un capítulo en cuanto a la expedición de los actos administrativo, con el modelo gerencia jurídica, se busca que una racionalización en la expedición de actos, con los que se permite concretar los fines del Estado, y no puesto a ellos solo congestionan el ordenamiento jurídico, y ya que uno de los objetivos es prevenir el daño antijurídico, el acto administrativo siendo la principal herramienta con la administración interactúa con los ciudadanos tiene vital importancia se busca que estos actos no solo sean eficientes, eficaces, sino que guarden una coherencia en el ordenamiento jurídico, generando de esta manera mayor seguridad jurídica.

Por tanto, el acto administrativo debe tener una elaboración en la que además de contener los elementos que conforma el acto administrativo de conformidad con el Consejo de Estado. Sección Primera. Julio 05 de 2002. C.P: OLGA INES NAVARRETE BARRERO. Radicación Número: 76001-23-25-000-1996-04088-01(7171)), se estudie su impacto económico, social, ambiental, cultural, jurídico, que al ser expedido puede afectar, expedir un acto sin sustento legal, por conveniencia o interés particular, puede generar no solo un posible litigio contra el Estado, sino que también puede generar la afectación de los derechos de un ciudadano, es decir el acto administrativo crea un riesgo jurídico.

Todo acto administrativo que se expida debe tener una cualificación teórica y técnica, que permita que se expidan actos administrativos con altos estándares de calidad, ya que el funcionario público ha realizado un análisis y estudio previo del acto administrativo que se va a expedir.

Las entidades u organismos de la Administración Distrital en el ámbito de las funciones y competencias asignadas, que se pronuncien por actos administrativos, deben asumir mayor responsabilidad de su actividad, de esta manera el ordenamiento jurídico se fortalece, puesto que el porcentaje de litigios contra actos administrativos se reduce.

Hay también que resaltar de este decreto, busca fortalecer la unidad conceptual jurídica en el Distrito Capital, la actividad de investigación por medio de los estudios jurídicos. Ya que los conceptos y los estudios jurídicos, debe elaborarse con eficiencia, puesto que, al realizarlo con calidad, porque se busca fortalecer la gestión jurídica; prevenir el daño antijurídico.

Se ha desarrollado la política pública de prevención del daño antijurídico, ya que el objetivo es reducir el porcentaje de demandas, y futuros litigios contra las entidades y organismos distritales, es decir, que esto es la prevención al futuro riesgo jurídico.

Por ello como lo plantea el artículo 50 de este decreto, debe promover el conocimiento respecto de las etapas de prevención del daño. Al conocerlas estas permiten que el funcionario público tenga mayor conocimiento en el impacto que se configura expedir un acto administrativo.

Las etapas son siete; la primera, sensibilización está busca que los servidores den mayor importancia y sean más conscientes del desarrollo de sus actividades, para que esta manera se evitan los defectos, consecuencias negativas, es decir la realización del riesgo jurídico.

La segunda, diagnóstico del comportamiento de la entidad en materia de responsabilidad por daño antijurídico, siendo la valoración que se realiza, para determinar en qué está fallando la entidad, que tipo de acto administrativo, genera un daño antijurídico.

Tercera, inventario de causas de daño antijurídico imputable a la entidad, es de esta manera como se tiene un claro y puntual conocimiento porque se está generando el daño

antijurídico, así mismo, tener una contabilidad de esas causas, para determinar cuáles se reiteran y cuáles son las excepcionales.

Cuarta, elaboración de un mapa de fuentes de daño antijurídico, así como también lo ha establecido el DAFP (Alonso Guzmán, 2010), los mapas, herramientas que son usadas para transmitir y organizar la información sobre el respectivo tema, tenga una mayor comprensión, por lo que un mapa de fuentes da una visión global del daño antijurídico que se configura, y el origen de este.

Quinto, formulación e implementación de estrategias de fortalecimiento, en esta etapa se busca la solución al problema, y a su vez generar conciencia de este para evitar su futura presencia.

Sexto, seguimiento, así el funcionario público encargado de esta etapa determinará si el plan estratégico se cumple, si este es eficiente, o si por el contrario no es bueno, también el seguimiento permite dar una evaluación de las personas en el desempeño de las labores en las que se encargan.

Por último, la retroalimentación, es la séptima etapa en la que se determina si la estrategia cumplió con el objetivo y las metas planteadas, es el momento en que puede mirar el desempeño que se generó por parte de las personas en realizar y materializar la estrategia, y determinar el resultado que la estrategia tuvo. Con esta etapa se determina si el funcionario público tiene los suficientes conocimientos sobre el tema y si lo que ejecuta está bien, porque de lo contrario se deberá establecer las fallas o errores y mejorarlos.

Con estas etapas la prevención del daño antijurídico se configura como políticas que permiten que el funcionario público tenga mayor control de las labores que realiza, como es

presentado este decreto, hay una política en prevención del daño antijurídico con relación a la modificación de la planta de personal de las entidades y organismos del distrito capital.

Como lo han concluido los estudio del MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, los actos administrativos con mayor demanda son de carácter laboral (Alonso Guzmán, 2010), por ello el Distrito Capital busca reducir ese porcentaje de demanda, por tanto en este decreto se constituye la obligación al funcionario público que expida un acto administrativo de calidad, con un estudio previo, que permita establecer el impacto, para evitar una falsa motivación, una desviación de poder o la violación contra el principio de legalidad, los actos administrativos que se expidan deben garantizar los derechos fundamentales de los servidores públicos.

4. Importancia de la técnica normativa como control del riesgo

El ordenamiento jurídico colombiano, implementó un manual de técnica normativa en sede administrativa, creado para la rama ejecutiva, debido a los movimientos económicos, la constante evolución de la sociedad, la influencia que la tecnología, y la informática jurídica; elementos que generan que la actividad realizada por la administración pública, sea dinámica, por lo cual es necesario tener una técnica normativa para que el funcionario público lleve a cabo la buena elaboración de normas y actos administrativos.

A pesar que la técnica normativa se ha implementado para la función legislativa, es importante establecer que el medio por el cual se llega a concretar los mandatos legales, son los decretos y resoluciones, por ello los funcionarios públicos que elaboran este tipo de acto administrativo, tiene el deber y obligación de realizar una buena actividad de calidad, es decir que “los hagan bien”, es a través de su actividad que la administración manifiesta su voluntad, lo que materializa los fines del Estado Social de Derecho.

Al expedir actos administrativos de calidad, se convierte en instrumentos que promueven la seguridad jurídica, y ayudan a la imagen que tiene el Estado, puesto que devuelve la confianza de los ciudadanos en los organismos y entidades que lo componen.

Con la técnica normativa, la fase de planeación, estudios previos, evaluación del impacto, de los actos administrativos promueve las garantías de los ciudadanos, y evitar su afectación o vulneración de sus derechos, se debe tener claro que los actos administrativos concretan los fines del Estado en la sociedad, pero también puede ser un obstáculo.

Con el decreto 1609 de 2015, la administración pública, genera que los funcionarios públicos, que son mandatarios del Estado colombiano, cumplan con sus obligaciones, y también implementen en su actividad elementos como la practicidad, y la autorreflexión, elementos que permiten fortalecer las instituciones y la actividad administrativa.

Las directrices de técnica normativa que se implementan el anterior decreto tienen una etapa previa, que se congrega en la memoria justificativa, sobre la cual es importante realizar un análisis, pero antes es necesario entender que es la técnica normativa, sus elementos y su desarrollo.

4.1 Evolución de la técnica normativa

Desde los años setenta se ha buscado crear normas claras con una buena redacción, con las que se garanticen los derechos y garantías fundamentales de las personas, esta es la finalidad de la disciplina legística; y como afirma Rodolfo Pagano,(1988), que: "...hacer una buena ley requiere muchas cualidades: Conocimiento de la ciencia del Derecho,

competencia en la materia tratada, valoración política de los intereses en juego, capacidad de síntesis y claridad redaccional, y cálculo anticipado de la aplicabilidad de las normas”.²

Con las diferentes disciplinas se busca fortalecer el ordenamiento jurídico y generar una mejor redacción normativa para que los ciudadanos tengan mayor claridad del contenido. El fin es redactar normas que sean comprensibles a todos los ciudadanos, evitando tecnicismo, y normas ambiguas, que sean un obstáculo para el desarrollo del mismo ordenamiento.

La técnica normativa ha evolucionado, y busca que los legisladores, fortalezca el enfoque formal y material de la ley, por lo que les dé la estándar calidad, y evita las consecuencias negativas por su promulgación, es pertinente conocer los beneficios y los costos que genera una ley de calidad.

La técnica normativa o legislativa, ha tomado fuerza, y esta automatización busca crear conciencia en los parlamentos o congresos, de crear leyes claras, de fácil comprensión, justificando la razón de existencia de las normas y evitando una inflación normativa. Es con la técnica normativa, que se promueve un constante estudio de las leyes vigentes, el desmedido aumento del ordenamiento jurídico, con la excesiva expedición de normas; que complica la labor de la memoria para recordar y conocer todas las leyes, y ya que la ignorancia de la ley no justifica el actuar desmedido que puede tener un funcionario público que, al elaborar una ley, o elaborar un acto administrativo en sede de administrativa.

² Comparar con artículo “la logística, o la automatización de la redacción legislativa” por NOÉ ADOLFO RIANDE JUÁREZ, EN memorias del VIII Congreso de la FIADI celebrado en México, D.F. en el 2000. México, 10 de marzo de 2013. <http://www.legislarbien.com.ar/home.php?s=vera&id=150>

Está es una herramienta, con la que se promueve la seguridad jurídica de los ciudadanos; que le permite la confianza y la certeza en los temas que desarrollan las leyes; también hace que el desarrollo de los temas sea completó, por lo que se promueve la eficiencia, y se evita la incorporación de temas ajenos, lo que en el ordenamiento colombiano son “micos”.

Otra característica de la técnica normativa es que con ella se evalúa la calidad de norma, la cual no solo se configura a partir de la redacción, semántica, y las formalidades que se tengan; las normas deben tener un estándar de calidad, por ello que evaluar la viabilidad jurídica, fáctica y la conveniencia, se deben tomar en cuenta, por ello con los anteproyectos de las leyes se refleja si la ley a promulgar es de calidad o solo busca promover unos intereses particulares.

Se han configurado manuales de técnica normativa en los distintos ordenamientos jurídicos, los cuales ha configurado diferentes herramientas, que permite que el funcionario público cumpla con el proceso, y sea consciente de la labor que está realizando. Encontramos elementos como el CHECK LIST en el sistema anglosajón, que permite facilitar el cumplimiento de los requisitos y trámites previos a expedir una ley; también están las memorias o informes, que configuran el estudio sobre la necesidad y la oportunidad de la norma; las evaluaciones ex ante y ex post (Canals, 2010), de Generalitat de Catalunya, con las que se analicen los impactos que puede tener la ley en la sociedad.

Estas herramientas son funcionales, por lo que permite al funcionario público verifique el proceso establecido para elaborar las normas, cumpliendo con las formalidades, y también con lo el elemento material de la norma, el cual es su contenido. Ya que es necesario que la forma y la materia se encuentre unidas para generar efectos positivos, como la concreción de principios, por ejemplo, el de celeridad, con el cual se suprimen los trámites innecesarios para crear las normas; la eficacia, con cual se crean normas válidas reduciendo su eventual impugnación; la economía (Consejo de Estado. C.P. Mauricio

Fajardo, 2010) que es la elaboración de actos administrativos con procedimientos adelantado en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos.

Es por ello por lo que la técnica normativa se ha fortalecido, a partir del año 2009, se crea el ANUARIO INTERNACIONAL DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA, que se configura por tres instituciones, el Consejo de Estado de Colombia, el Consejo de Estado de España y de Francia, quienes buscan un instrumento de comunicación y cooperación entre las instituciones encargadas en el mundo de la función consultiva. En este anuario también participan los Consejos de Estado de Argelia, Bélgica, Egipto, Grecia, Holanda, Italia, Líbano, Luxemburgo, Turquía, los Consejos de Legislación de Suecia y Rumania, La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, así como a los consejos consultivos regionales españoles, instituciones que de manera exclusiva o en conjunción con sus funciones jurisdiccionales, tienen una reconocida experiencia en la materia. Igualmente, se ha considerado importante invitar a los organismos internacionales con una función consultiva, tales como, la Corte Internacional de Justicia, La Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Consejo Jurídico Interamericano (Anuario Internacional de la Función Consultiva, 2010).

Por medio de este anuario, se puede conocer cómo los diferentes ordenamientos jurídicos han implementado directrices para una técnica normativa, siendo el caso de España, que el ministerio de la presidencia expide la Resolución el 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.

Este documento presenta un anexo en donde se establece la finalidad de la técnica normativa, que es “crear conciencia de calidad en los redactores de textos normativos en el seno de la Administración General del Estado” (Ministerio de la Presidencia, 2005). Pero además establece que esta conciencia se tendrá presente al elaborar los anteproyectos de

ley, proyectos de real decreto legislativo, del real decreto-ley y de real decreto, propuestas de acuerdo del Consejo de Ministros y en las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado. De esta resolución se puede resaltar que en España se busca que el principio de seguridad jurídica se materialice en la sociedad, dado que este, permite que los ciudadanos tengan un mayor acercamiento con el Estado.

La redacción de los textos normativos, los estudios previos, las consultas, los informes, permite que la parte expositiva tenga fuerza jurídica, y de mayor de su promulgación. Estos elementos además del orden, la coherencia de la redacción, donde la semántica y sintáctica se unen, permiten que los lectores, los ciudadanos del común, lo entiendan, y puedan de esta se materialice el principio de publicidad, que a su vez permite su derecho de defensa.

España es solo un ejemplo de la importancia que tiene la técnica normativa en los ordenamientos jurídicos, a pesar de que Colombia, la ha desarrollado desde hace pocos años, es a través de ella que el funcionario público encargado de elaborar los proyectos de ley, decretos o resoluciones tenga conciencia de la calidad normativa, y de la importancia de conocer el impacto que se genera en el ordenamiento jurídico.

Pero la técnica normativa no es excluyente, esta no solo se aplica a leyes, decretos y resoluciones, también permite su aplicación a los actos administrativos, que concretan los fines del estado, generando efectos jurídicos directos o indirectos.

4.2 La técnica normativa y los principios de la función administrativa

La técnica normativa, fortalece los principios de la función administrativa, estos son la guía de las actuaciones administrativas que satisfacen las necesidades de los ciudadanos, por tanto, al implementar la técnica normativa en la administración pública, hace que los

funcionarios públicos que conforman los órganos y entidades de la administración pública del Estado colombiano generan un mayor desempeño y control en su actuación.

Adolfo MERKL establece que “todas las funciones estatales y, en particular, todos los Actos Administrativos, son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos” (MERKL, 2004). Por ello el camino que debe recorrer el funcionario público en la elaboración del acto administrativo, debe ser uniforme, constante y tener un sustento que proporcione información relevante para elaborar un acto administrativo de calidad, que genere efectos positivos en el ordenamiento jurídico, evitando futuras contingencias, es decir que se reduce la posibilidad que el acto administrativo elaborado genere efectos negativos.

La memoria justificativa hace parte de la técnica normativa que se usa para elaborar los decretos y las resoluciones en la administración central, es decir la Presidencia de la República, los ministerios administrativos y departamentos administrativos, y es con la memoria justificativa que se construye el camino del acto administrativo, por ello los principios de la función administrativa debe rodear este documento.

Los principios de la función administrativa se consagran en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, en el artículo 3° de la ley 489 de 1998 y el artículo 3 ley 1437 de 2011 en donde se referencia cada uno. La función administrativa tiene una gran variedad de principios, sin importar que se encuentren en distintas disposiciones. Los principios son la buena fe, la igualdad, la moralidad, la celeridad, la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia, la participación, la publicidad, la responsabilidad, la economía, la coordinación, la transparencia y el debido proceso.

La buena fe, de conformidad con la ley 1437 de 2011 artículo 3° numeral 4° se establece que del comportamiento de las autoridades y particulares se presumirá el

comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

La buena fe se encuentra en toda actuación que realiza la administración, por ello tiene una gran importancia para dar fuerza a las instituciones del Estado, puesto que con ella se congrega la seguridad jurídica de la particular cola actividad que realiza el Estado para cumplir con sus fines y objetivos. Es por ello por lo que este principio tiene una aplicación general.

La buena fe genera confianza al particular ya que es con este principio que la administración pública ejerce su labor y este busca el interés general, en la elaboración de actos administrativos este principio se materializa con la memoria que justifica el proyecto del acto administrativo, es con este instrumento presenta la razón de existir del acto administrativo.

La igualdad, Este principio se consagra en el artículo 13 de la Constitución en donde se establece la igualdad ante la ley, o sea en la creación de la norma, e igualmente en la aplicación de la ley; el artículo 209, que lo consagra como principio en la función administrativa; y también se consagra en el artículo 3 de la ley 1437 de 2011.

La Corte Constitucional en la sentencia T-533 de 1997 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz establece que el principio de igualdad impone la obligación que el trato de todos los sujetos que se encuentren en circunstancias de hecho y de derecho que consagra una norma, sea tratadas de manera igual. Por tanto, los funcionarios no deben reconocer ni establecer diferencias en los sujetos.

Por tal motivo en el evento que existan por parte de funcionarios una interpretación divergente debe existir los fundamentos y razones suficientes para justificarlo, es de esta manera como los funcionarios pueden justificar el trato diferenciado. Por tanto, la regla general de los funcionarios es la interpretación de la norma homogénea.

Es por ello por lo que la aplicación del principio de igualdad por los “funcionarios administrativos supone el acatamiento a la Constitución y a los mandatos del legislador que determinan los contenidos de las actividades que debe desarrollar la administración para cumplir con los cometidos que le son propios.” (Corte Constitucional. Sentencia T-334 de 1998. M.P. Antonio Barrera Caronell).

Los actos que realizan los funcionarios administrativos se fundamentan en criterios u orientaciones aplicando de forma uniforme, porque se elaboran con un mismo procedimiento, para lo cual llegan a acudir a las llamadas instrucciones de servicio para asegurar la uniformidad de la acción administrativa es de esta manera como se puede hacer efectivo el principio de la igualdad de protección y trato por las autoridades.

Por ello los funcionarios públicos desarrollan las labores administrativas con en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos, puesto que debe actuar conforme a la ley y normas produciendo actuaciones en igualdad de condiciones.

Las personas e instituciones reciben de parte de la autoridad un trato y protección con condiciones iguales, lo que garantiza otros derechos que se relacionan como la imparcialidad, y moralidad. Esto a su vez evita el trato discriminatorio.

La moralidad, tanto los particulares como los funcionarios públicos deben actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas, conforme a la

legislación vigente y respetando la constitución, ya que son los funcionarios quienes materializan los fines del Estado deben realizar su labor de manera íntegra sin abusar del poder que le ha otorgado la administración pública, y justificando sus actos.

Conforme al CONSEJO DE ESTADO establece que es el “Conjunto de principios, virtudes y valores fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social” (Consejo de Estado. Sección Cuarta. Febrero 09 de 2001. C.P: DELIO GÓMEZ LEYVA. Radicación Número: AP-054.).

La celeridad, este principio las actuaciones administrativas se deben eliminar los trámites innecesarios generando que los funcionarios públicos actúe de manera diligente y sin dilaciones injustificadas por tanto se elimina actuaciones impertinentes e innecesarias para el desarrollo las actuaciones de la administración; Por tanto en la elaboración de actos administrativos y la técnica normativa, este último es un instrumento que configura la memoria justificativa, la cual genera que los funcionarios públicos realicen sus actividades de manera idónea y por el contrario no se generen obstáculos.

La imparcialidad, Este principio garantiza y asegura los derechos de todas las personas, evitando discriminación, por ello se relaciona con el principio de igualdad dado que todo acto debe realizarse con igualdad de tratamiento y respetar el orden.

La finalidad de la función administrativa es permitir que se les garantice a las personas sin discriminación alguna y sin tener consideración de factores de afecto o interés, alguna clase de motivación subjetiva que altere el resultado de la gestión administrativa.

La publicidad, Este principio tiene la finalidad que todas las autoridades den a conocer sus decisiones a los interesados mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordenan el estatuto y la ley; por tanto, se les reconoce los derechos a las personas, y estas a su vez pueden realizar los actos frente a la administración.

La eficacia, la administración pública debe garantizar y promover la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, por ello que toda actuación administrativa debe llegar a cumplir su finalidad, generando un efectivo y real efecto en el ordenamiento jurídico, ya que es dependiendo de las funciones que se busca implementar o brindar solución a los problemas de los ciudadanos, por lo que evita todo obstáculo que no permita cumplir con su fines y metas, es decir se evita la producción de decisiones inhibitorias.

Como lo ha consagrado la Corte Constitucional el principio de eficacia de la administración pública, “impide a las autoridades administrativas permanecer impávidas o inactivas frente a situaciones que afecten a los ciudadanos; además de configurarse como un fin hacia el cual deben tender dichas autoridades...Por tanto las actuaciones de la administración generan la real y efectiva ejecución de medidas, y no sólo la aceptación o reflexión sobre aquello que requiere su intervención.” (Corte Constitucional. Sentencia T-733 de 2009. M.P.Humberto Antonio Sierra Porto).

La eficiencia, este principio que se encuentra relacionado con el anterior, genera que los funcionarios públicos al realizar una actividad realicen una actividad de manera idónea, pero reduciendo costos, por ello que se genera la relación entre medios y fines, y lo que se busca es el cumplimiento de la actividad de la administración, precisamente en la elaboración de actos administrativos los cuales deben producir sus objetivos, pero al menor costo. Los costos deben entender únicamente en cuanto a recursos, también el desgaste, el sacrificio entre otros.

La participación, El Estado social democrático de derecho, promueve la actividad de los ciudadanos en todas las actividades que desarrolla la administración pública dado que es a través de la participación que las personas interactúan con la sociedad.

A través de la participación las personas se generan el proceso de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública, es por ello por lo que en la elaboración de actos administrativos es fundamental la materialización de este principio, debido a que son los fines y metas del estado las que se buscan alcanzar.

La responsabilidad, este principio es muy importante dado que todo funcionario público, debe asumir las consecuencias por las decisiones que toma, al igual que por sus omisiones o extralimitación de funciones que realice. Por ello en la elaboración de los actos administrativos la responsabilidad es mayor en la medida que es con estos que se hacen efectivos derechos o se genera una degradación a los derechos de las personas.

La coordinación, siendo la concertación en el desarrollo de actividades con otras instancias, entidades o autoridades administrativas, para cumplir los propósitos, además que es de esta manera que se permite el reconocimiento de derechos a las personas.

La transparencia, la actividad de la administración es de dominio público, por ello toda persona puede conocer las actuaciones que realizan los funcionarios públicos, salvo todo aquello que se encuentre bajo una reserva legal. Con este principio permite todas las actividades que desarrolla la administración pueden ser conocidas los administrados, dado que la gestión administrativa, se debe desarrollar en cumplimiento de todos los principios constitucionales y legales de la función administrativa, y es por medio de este principio que se puede verificar el cumplimiento es un principio que promueve la relación entre administración y administrado.

La economía, este principio busca que la administración actúe de manera expedita y el uso del tiempo sea medido, por lo tanto, con la economía el funcionario público debe realizar uso adecuado y promoviendo la buena administración de los recursos de la administración pública. Por tal motivo al realizar un proceso de técnica normativa en la elaboración del acto administrativo se permite que la función administrativa desarrolle de manera idónea sus fines y objetivos dado que se reducen los gastos.

El debido proceso, es un principio y derecho fundamental, que se consagra en la Constitución política artículo 29, y conforme al bloque de constitucional hace parte del ordenamiento jurídico, hay diferentes instrumentos internacionales los cuales han ayudado a la interpretación y para que las altas cortes realicen su análisis jurídico, se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos – art. 10 y 11-, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre – art. XVIII y XXVI-, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) –art.14 y 15-, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –art.8-, y ha sido desarrollado por la jurisprudencia de órganos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , 2001).

Este derecho fundamental es muy importante a nivel constitucional, pero también se encuentra en la labor que ejerce la administración pública como lo establece la sentencia C-089 de 2010, “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas deben desarrollarse con respeto de las garantías inherentes al derecho fundamental del debido proceso. De conformidad con el texto constitucional, el debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende también a todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos que aparejan consecuencias para los administrados” (Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2011. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva).

El debido proceso se define por la jurisprudencia como, “como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección

del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.” (Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.)

El debido proceso tiene unos elementos que generan que el individuo tenga una protección de sus derechos, alguno de los más importantes son elementos más importantes son (i) la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de lograr una pronta resolución judicial y el derecho a la jurisdicción; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías.³ Estos generan la protección a los derechos de los particulares. Los anteriores elementos a su vez son las garantías previas que la jurisprudencia ha establecido para debido proceso en materia administrativa.

La Jurisprudencia ha establecido que hay dos tipos de garantías que se dan en el debido proceso administrativo, que son las garantías las previas y las posteriores (Corte Constitucional. Sentencia C-1189 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto.). Las previas se relacionan con las garantías mínimas que debe tener todo funcionario público al expedir y ejecutar los actos administrativos o procedimientos, y como lo mencione antes son la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; la garantía de juez natural; las garantías del derecho defensa; la razonabilidad en la aplicación de trámites y plazos; la garantía de imparcialidad; La garantía de autonomía e independencia de los jueces.

Las garantías posteriores del debido proceso administrativo se relacionan con la eventualidad que tiene cualquier particular de cuestionar la validez jurídica de la cualquier

³Ver sentencias: T-001 de 1993, T-345 de 1996, C-731 de 2005. Sobre el debido proceso administrativo, ver, entre otras, las sentencias SU-250 de 1998, C-653 de 2001, C-506 de 2002, T-1142 de 2003, T-597 de 2004, T-031, T-222, T-746, C-929 de 2005 y C-1189 de 2005.

decisión administrativa, a través de los recursos administrativos ante la misma autoridad que los expide y con los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Debido a que el debido proceso es un derecho fundamental que se configura de varios elementos y una gran variedad de características, por eso este derecho fundamental permite que otros derechos fundamentales se materialicen debido a la relación que tienen. Esto sucede con el principio de legalidad, porque todas las actuaciones que realice la administración deben tener un procedimiento previamente establecido por la ley, pero además de ello este derecho fundamental genera que el Poder del Estado se limite, puesto que no puede realizar actuación que no esté prevista. Así mismo con el principio de confianza legítima que tienen los particulares al Estado.

La Corte Constitucional ha realizado un estudio del debido proceso específicamente en materia administrativa, en la que establece que este derecho fundamental es aplicado a todas las actuaciones administrativas que desarrolla la administración pública para cumplir las funciones y realizar sus objetivos y fines.

Así mismo se ha establecido que de esta manera se garantiza un adecuado y correcto ejercicio de la función pública administrativa teniendo en cuenta los mandatos de la Constitución Política, las leyes, los reglamentos vigentes y los derechos de los individuos, porque genera “(i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados” (Corte Constitucional. Sentencias C- 089 de 2011. M.P: Luís Ernesto Vargas Silva). Es decir que se constituye un contrapeso al poder del Estado en las actuaciones que desarrolle frente a los particulares.

El funcionario público que respeta el derecho al debido proceso evita las actuaciones abusivas o arbitrarias, por parte de la administración pública, a través de la expedición de

actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho.

La aplicación del debido proceso administrativo genera que se derivan dos consecuencias importantes, para los asociados y la administración en sí. Para los asociados porque conoce de las actuaciones de la administración; pueden pedir y controvertir las pruebas; ejercen su derecho a la defensa; impugna los actos administrativos.

Y para la administración las consecuencias que se derivan son en cuanto a el ejercicio de la función administrativa, puesto que toda actuación debe estar cobijada por el debido proceso, por ello en la formación y ejecución de los actos administrativos; las peticiones presentadas por particulares a las entidades u órganos del Estado, y los procesos que se adelantan contra la administración por los ciudadanos cuando en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa.

El debido proceso es fundamental al momento que los funcionarios públicos elaboran actos administrativos, dado que este derecho fundamental que es permite que los individuos no sean vulnerados por los atributos y el poder estatal. Es por ello el fundamental que todo funcionario público sea consciente del mismo. Porque este tiene la obligación que la administración funcione de manera correcta e idónea, generando actos administrativos de calidad.

Por tal motivo la Corte constitucional establece que el debido proceso tiene una aplicación inmediata en las actuaciones de la administración pública y los procedimientos administrativos, es decir que hay una exigencia a la administración pública en cuanto al respeto total de los artículos 6, 29 y 209 de la Constitución política, ya que es de esta forma que el ejercicio de las funciones públicas y administrativas garantizar los derechos de los

administrados (Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

4.3 Técnica normativa y los actos administrativos

El manual de Técnica Normativa que se configuró en el ordenamiento jurídico colombiano a través del decreto 1609 de 2015, en este se contemplan las cinco etapas (la etapa previa; de redacción; de publicidad, revisión y consulta; de expedición) que guían a los funcionarios públicos en el momento que se elabora el proyecto de decreto o resolución de calidad.

Con estas directrices se genera que la redacción de estos textos normativos claros, sencillos, accesibles para todos, donde se da certeza del alcance los deberes y derechos.

La etapa previa, es fundamental para que el acto administrativo de carácter general se coherente con el ordenamiento jurídico, en esta etapa se estudia los antecedentes, se establezca la conveniencia, la inserción al ordenamiento jurídico, por tanto, esta técnica normativa genera más seguridad jurídica a los ciudadanos.

La técnica normativa genera que los decretos y resoluciones, tengan dos partes, una técnica normativa interna de carácter jurídico, esta hace referencia a los fundamentos jurídicos; y la técnica normativa externa de carácter técnico, que consiste en la estructura del texto, la semántica y gramática con la cual se desarrolle. Lo importante de todo acto administrativo es la claridad, sencillez y accesibilidad que tengan las personas a ella, es decir que todas las personas puedan leerla.

Para esta investigación la técnica normativa que tiene mayor relevancia es la interna dado que es con esta que el funcionario público fundamenta la existencia en el ordenamiento jurídico del decreto o resolución.

A pesar de que el decreto 1609 de 2015 se configuró específicamente decretos y resoluciones, esto no impide que la técnica normativa se aplica en la elaboración de otros tipos de actos administrativos, que al igual generan efectos jurídicos concretos, como son las directivas, circulares, actas, memorandos u oficios.

Es por ello por lo que todo tipo de acto administrativo tiene la finalidad de manifestar la voluntad de la administración y producir efectos jurídicos, ya sea porque se crean, modifican o extinguen derechos para los administrados o contra de estos, por tal motivo el promover criterios para la elaboración de calidad de los mismo, permite hacer un ordenamiento jurídico coherente, y a la vez fortalece las instituciones.

A pesar de que la clasificación de actos administrativos se da por sus diferentes características o elementos, es imposible llegar a establecer una sola, por ello un a clasificación por su contenido está en el decreto 654 de 2011 de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Artículo 20, a pesar de que es una clasificación para Bogotá D.C. no excluye su existencia en otros niveles, también se aplica a nivel central para el Presidente Republica.

El artículo 20 establece: “**Tipos de acto administrativo según su contenido.** Los actos que suscriba el Alcalde Mayor o el Gobierno Distrital, según su contenido recibirán la siguiente denominación:

20.1. **Decreto.** Son todos aquellos actos que definan o resuelvan situaciones de carácter general, sean estos creadores o modificatorios de situaciones existentes. Este tipo de acto es de exclusivo uso del Alcalde Mayor de la ciudad.

Excepcionalmente se expedirán por Decreto los actos administrativos relacionados con el nombramiento, remoción, sanción y con las situaciones administrativas de los jefes de los organismos y entidades del Distrito Capital, así como los de nombramiento y remoción de los (Sic)

Alcaldes Locales. También se expedirán por Decreto todos aquellos actos mediante los cuales se designan los miembros que integran las Juntas Directivas de las entidades distritales.

20.2. **Resolución.** Son actos administrativos que definen o resuelven situaciones de carácter particular y concreto; tales como las situaciones administrativas del personal de los diferentes niveles ocupacionales, esto es, licencia, permiso, comisión, encargo; así como nombramientos, insubsistencias, destituciones, aceptación de renunciaciones, traslados, reclamaciones laborales, reconocimiento de pagos, disciplinarios, etc.

20.3. **Directiva.** Son aquellos actos que determinan o establecen lineamientos o directrices que impliquen políticas de gobierno o de un sector administrativo determinado.

20.4. **Directiva Conjunta.** Son aquellos actos que determinan o establecen lineamientos o instrucciones que impliquen políticas de gobierno, suscritas por el Alcalde Mayor con el Secretario de Despacho de un sector administrativo determinado.

20.5. **Circular.** Son actos administrativos mediante los cuales se expide toda aquella información de interés general cuyo contenido sea de importancia o trascendencia para la Administración Distrital. Se utiliza también como medio para requerir una misma información a cada uno de los organismos o entidades de la Administración Distrital.

20.6. **Circular Conjunta.** Son actos administrativos mediante los cuales se expida o se solicita aquella información de interés general, cuyo contenido sea de importancia o trascendencia para la Administración Distrital, suscritas por el Alcalde Mayor con el Secretario de Despacho de un sector administrativo determinado.

20.7. **Acta.** Es un documento en el que consta lo sucedido, tratado y acordado en las reuniones celebradas por las comisiones o los comités de las entidades u organismos distritales.

20.8. **Memorando.** Son actos administrativos de carácter general e interno destinado a transmitir información, orientaciones, pautas y recordatorios que agilizan la gestión de la entidad u organismo. Es un escrito empresarial o institucional dirigido a una sola persona para transmitir una sola idea. No se debe entender la palabra memorando con sanción o llamado de atención. Un memorando puede transmitir también un elogio, una felicitación, un estímulo o, simplemente, dar una información.

20.9. **Oficios.** Son las comunicaciones que se producen en cualquier dependencia de las entidades y organismos públicos distritales, y en las privadas que cumplen funciones públicas, las cuales se envían a otros entes públicos, privados o a personas naturales o jurídicas.”

De acuerdo con la anterior clasificación es evidente que cualquier tipo de acto administrativo necesita de una etapa de planeación, de redacción, un formato o estilo (por ejemplo el DECRETO 52 DE 2012 expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y "Por medio del cual se adoptan el Manual de Imagen Corporativa y Visual de la Administración Distrital y el lema institucional de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., para el periodo 2012-2015"), una etapa de expedición, y por último un archivo con su respectiva memoria justificativa, que permita a futuro conocer razones y estudios pertinentes que justifiquen su existencia del acto administrativo.

4.4 Importancia de la memoria justificativa y la elaboración de actos administrativos

La memoria justificativa es importante en la elaboración de los actos administrativos, porque es una lista de chequeo de los elementos que configuran un Acto Administrativo, como son Órgano competente, Voluntad administrativa, Contenido, Motivos, Finalidad y Forma; lo que permite que la administración tiene la garantía que el acto administrativo sea válido y eficaz, ya que la elaboración del acto se realizó con todos los elementos esenciales que tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido.

Por tanto, la memoria justificativa congrega todas las partes que permite al funcionario público, contestar preguntas básicas, ¿por qué?, ¿cuál es la finalidad?, ¿para qué?, ¿a quién se aplica?, ¿Qué impacto se espera obtener?, preguntas que hacen la expedición de un acto administrativo sea de calidad y que los efectos directos o indirectos que se configuran por este sean positivos.

Así mismo reúne otros elementos como son el estudio de los antecedentes normativos, las razones de oportunidad, la conveniencia que justifican su expedición, el ámbito de aplicación, la viabilidad jurídica, los impactos que se pueden producir con el acto, como económico, jurídico, social, cultural, ambiental; y permite verificar que los

requisitos que sean necesarios para su expedición, como sucede con la consulta previa, se lleven a cabo.

Razón por la que el acto administrativo no es un documento que busca producir efectos en pro de intereses particulares, sino que por el contrario genera que los efectos que se buscan con la expedición de este sean pertinentes para las personas, porque este es el medio con el cual la administración materializa sus objetivos en la sociedad. Por tanto, la expedición de un acto administrativo es armónica con los objetivos y fines de la administración.

La memoria justificativa es un elemento estratégico que permite que el proceso de elaboración acto administrativo, sea continuo y completo, y permite que el funcionario público realice su labor correctamente respetando los principios constitucionales y de la función administrativa. La memoria justificativa que se puede establecer de manera previa los posibles efectos futuros que se puede generar con la expedición del acto, es decir conocer el riesgo jurídico que se configura.

Esto permite que los funcionarios públicos tengan mayor control del acto administrativo, por tanto, se permite un control y administración del riesgo jurídico de cada acto administrativo que expida de acuerdo con el contexto que lo rodea, y el funcionario puede prevenir la realización del riesgo jurídico, esto reduce costos de los posibles litigios que se pueden generar, y además fortalece los métodos alternativos de solución de controversias.

También se puede establecer que con la memoria justificativa se promueve la gerencia jurídica, dado que se dinamiza la función administrativa, y los funcionarios públicos tienen una mayor capacidad de materializar sus actividades conforme a la constitución y las leyes, es decir que hay un mayor control frente a la actividad de la

administración pública, lo que permite que el principio de responsabilidad de los funcionarios se concrete.

5. Conclusiones

El riesgo es un elemento que se encuentra en todas las actividades del ser humano, y más aún cuando estamos en una sociedad de riesgo como lo han planteado sociólogos, razón que hace importante reconocer el riesgo puesto que es a través de la prevención y control de este que se pueden evitar efectos negativos en la vida de las personas o en una determinada actividad.

El riesgo también se encuentra en el derecho y es por ello por lo que siendo un elemento que ha sido estudiado por los doctrinantes en materia de seguros, contratos o en derecho laboral, ahora lo encontramos en la actividad que desarrolla la administración pública, este es el riesgo jurídico, por tanto, es el elemento del derecho administrativo.

Al estudiar el riesgo jurídico se previene, administrar, controlar, trasladar o compartir la realización de este. Siendo el acto administrativo el principal instrumento que usa la administración pública para cumplir con los fines y objetivos del Estado social de derecho, y debido a la trascendencia que tiene la actuación de la administración en la vida social, el funcionario público que elabora el acto administrativo de carácter particular debe reconocer la existencia del riesgo jurídico, para así establecer los mecanismos para manejarlo.

El ordenamiento jurídico colombiano ha implementado un instrumento para la elaboración de los actos administrativos, pero esto son manuales de estilos o gramaticales, con los cuales solo se promulga el formalismo en acto creado. Es por ello por lo que, con la configuración del manual de técnica normativa, que se establece con el decreto 1609 de 2015, se contemplan dos elementos en la elaboración de los actos administrativos el

contenido y la razón de existir del acto administrativo, y el estilo con el cual debe expedirse.

En el manual de técnica normativa se contempla una etapa muy importante en la elaboración de los actos administrativos y es la planeación, o etapa previa.

La etapa previa es fundamental porque con ella se configura actos administrativos de calidad, y se realiza la revisión previa del acto administrativo que se expida contenga todos los elementos esenciales, y permite que el funcionario público realice un estudio y análisis de la pertinencia y los efectos que genera la expedición del acto administrativo es decir el impacto en el ordenamiento jurídico.

El decreto 1609 de 2015, establece el manual de técnica normativa para la elaboración de actos administrativos, como son los decretos y resoluciones firmados por el presidente de la república, es decir este decreto hace referencia a la elaboración de actos administrativos de carácter general, y no hace referencia a los de carácter particular. En el contenido solo excluye a los actos administrativos discrecional y de aplicación.

Es decir, en la elaboración de actos administrativos de carácter particular no hay una metodología y técnica jurídica que guíe a los funcionarios públicos, esta falta de técnica es un riesgo jurídico, porque se da libertad para la elaboración, por tanto, no hay una coherencia y uniformidad en estos actos.

El decreto 1609 de 2015, al no excluir en su ámbito de aplicación en los actos administrativos de carácter particular, permite que la técnica normativa se puede aplicar. Y esta se puede ser usada por los diferentes funcionarios públicos como una guía, puesto que

sin importar que se encuentre en una entidad de nivel central o descentralizado, la elaboración y emisión de actos administrativos produce efectos en el ordenamiento jurídico.

La técnica normativa del decreto 1609 de 2015, que integra el “manual para la elaboración de textos normativos proyectos de decretos y resoluciones” en su primera etapa (etapa previa), se establece la planeación para la elaboración de estos actos administrativos.

Es con la planeación, que el funcionario público establece: la competencia para expedir el acto administrativo; la finalidad; el objetivo; la causas; la necesidad; el estudio del destinatario; el estudio normativo que precede el acto, la viabilidad y el impacto (impacto jurídico, económico, social, ambiental) que puede generar la expedición del acto administrativo, es decir permite el control del riesgo jurídico del acto administrativo.

Los anteriores son los elementos esenciales de todo acto administrativo, los atributos que tiene por su naturaleza, y las características que lo rodean, por ello es necesario entrar a estudiarlos.

CAPÍTULO II.

EL ACTO ADMINISTRATIVO, ELEMENTOS ESTRUCTURALES SEGÚN LA LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

6. Conceptualización del acto administrativo

En el ordenamiento jurídico colombiano no hay un concepto del acto administrativo, y su definición se ha configurado a partir de los doctrinantes que se han dedicado al estudio del acto administrativo y esto se complementa con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y del Consejo de Estado de la República de Colombia, como lo reconoce LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZABAL (Botero Aristizábal, 2002)· existe un vacío legislativo, que beneficia a la administración en cuanto a su forma de actuar, sin existir un concepto, la administración tiene un campo de actuación más amplio.

En la presente investigación se conceptualiza la definición del acto administrativo teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia, es necesario establecer un campo de estudio, para determinar si el riesgo jurídico es un elemento del acto administrativo que debe contemplarse para evitar futuros daños antijurídicos, por tanto:

El acto administrativo es el instrumento o medio (escrito o verbal) con el cual la administración manifiesta su voluntad, este es un acto inteligente y consciente que realiza un funcionario del ordenamiento jurídico (funcionario público o particular investido de funciones públicas) quien tiene unas competencias para materializar los fines de la administración, y con ello lograr el interés general; respetando los derechos y libertades de los ciudadanos, quienes deben asumir las cargas impositivas del mismo acto administrativo (prerrogativas de la administración pública), el cual altera el ordenamiento jurídico con los efectos que produce.

Para concebir un acto administrativo es necesario que concurren unos elementos los cuales varían de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de cada ordenamiento jurídico;

así mismo es de establecer que el acto administrativo tiene unas características y unos atributos, que componen su esencia misma.

Los elementos que se han planteado de manera reiterada en la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado son:

1. Elemento subjetivo, que radica en la competencia que tiene el funcionario público para expedir el acto administrativo.

2. Elemento objetivo, es el contenido mismo del acto en donde se congrega la voluntad de la administración.

3. Elemento formal, radica en el procedimiento que tiene cada entidad para expedir sus actos administrativos.

4. Elemento finalista, es la intención del alterar el ordenamiento jurídico para concretar el interés general y los proyectos de la administración.

5. Elemento Causal, son los motivos, es decir el presupuesto de hecho que genera la necesidad que la administración pública se manifieste.

Los atributos del acto administrativo encierran la naturaleza de este y con ello las prerrogativas del poder público, y son:

1. La validez del acto, es decir la presunción de legalidad, esta es una presunción iuris tantum, todos los actos administrativos que se crean son válidos por regla general.

2. La eficacia, es la consecuencia del acto administrativo, es decir que produce efectos jurídicos, la fuerza ejecutoria.

3. La ejecutividad, es la unilateralidad de las decisiones que tiene la administración, el privilegio de lo previo (Younes Moreno, 2007).

4. La oponibilidad es la aptitud que tiene el acto administrativo de ser denunciado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para realizar el estudio de su validez.

Por último, las características del acto administrativo son las particularidades que este tiene y lo diferencian de las demás formas en las cuales se manifiesta la administración, es decir de las operaciones, hechos, contratos, omisiones administrativas y de los actos jurídicos privados.

El acto administrativo es un instrumento fundamental que necesita la administración para materializar los fines del estado, de allí que expedir actos administrativos idóneos y legales es un deber intrínseco que tienen todos los funcionarios públicos. Pero hay riesgos jurídicos que pueden rodear el acto administrativo que se deben contemplar previo a su creación, para determinarlos debemos entender los elementos y atributos del acto.

Para incluir la doctrina generada en otros países, por ejemplo, México parte de la teoría de la clasificación que el Código Civil Federal en cuanto a los elementos de existencia y requisitos de validez, esto debido a que dentro de la legislación no se hace una distinción expresa de los mismos, (LLamas Torres, 2012). Es así como, para este país, en el Código Civil Federal se establecen como elementos de existencia del acto jurídico el consentimiento y el objeto. En materia administrativa existen ambos elementos, sin embargo, los teóricos administrativistas han utilizado vocablos distintos a los comúnmente usados en materia civil, (LLamas Torres, 2012).

En el caso español la Administración formaliza su función gestora a través de los actos administrativos, que tienen repercusión directa o indirecta en los intereses, derechos y libertades de los ciudadanos. Por otra parte, el objeto de la Jurisdicción contencioso-administrativa (JC-A) es el acto administrativo (esto es, el control judicial de la actividad administrativa jurídicamente relevante), (UNED, s,f).

7. Elementos que configuran el acto administrativo: desde el ámbito doctrinal

El acto administrativo se configura con unos elementos, los cuales se van a exponer desde el ámbito doctrinal, de manera posterior con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se establece los elementos que se contemplan en el ordenamiento jurídico colombiano.

Los elementos del acto administrativo son cinco elementos esenciales, como lo establece en la jurisprudencia, Consejo de Estado. Sección Primera. **Radicación Número: 4261. (C.P: Jacobo Pérez Escobar. Julio 04 de 1984.):**

Ha sostenido el Consejo de Estado que en todo Acto Administrativo existen ciertos elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son el órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma. En lo que se refiere a los motivos ha expresado la Corporación que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determinen a tomar una decisión. En las actividades fundamentalmente regladas, los Actos de la Administración están casi totalmente determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo. Las circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso llevan a dictar el Acto Administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho Acto Administrativo.

Estos elementos están constituidos de conformidad con el principio de legalidad y congregan la realidad jurídica y fáctica del ordenamiento jurídico para expedir determinado acto administrativo, constituye la validez y eficacia del acto.

Haciendo un estudio de los elementos esenciales del acto administrativo en la doctrina nacional e internacional, se evidencia que estos no son cinco obligatoriamente, para algunos doctrinantes pueden ser menos elementos como es citado por Sánchez Torres (2007): para León Diguít (1928), considera tres elementos del acto: el objeto, la forma y la situación, que al condensarse y publicarse el acto administrativo, manifiestan la voluntad de la administración; para Gianini (1950), consideraba en este mismo sentido a la voluntad, objeto, motivo, presupuestos, competencia, legitimidad; en Vedel (1955-1956) se habla de competencia, forma, motivos, objeto y fin; y para Díez (1956), toma estos mismos elementos y cambia el término de competencia por el elemento subjetivo.

Este autor en su libro (Sánchez Torres, 2007), evidencia que la década de los años setenta Alessi (1970) considera como elementos: competencia, forma, motivación y procedimiento, que “son requisitos formales y el objeto y el interés público, que son sustanciales” Para Garrido Falla (1973) son: elemento subjetivo, legalidad del órgano, la competencia, el contenido, la causa, la forma – procedimiento); y Dromi (2008) por su parte considera como elementos esenciales la competencia, el objeto, voluntad y la forma.

Para otros doctrinantes citados por Sánchez Torres como García Enterría (Sánchez Torres, 2007) 1986 los elementos del acto administrativo son subjetivos que son: órgano administrativo, competente, investidura del órgano, y los objetivos que son: presupuesto de hecho (situaciones fácticas), causa, motivo, fin, contenido u objeto (declaración), procedimiento, forma de manifestación, Así mismo Zanobini (1954) contempla los elementos esenciales: sujeto, voluntad, objeto y forma; y elementos no esenciales; la causa y el procedimiento,

Todo acto administrativo para ser parte del ordenamiento jurídico necesita de unos elementos esenciales, sin ser relevante la denominación que tengan, se puede establecer que todo acto administrativo debe ser: primero, emitido por un órgano, es decir un sujeto (funcionario público) quien cuenta con unas competencias específicas para actuar; segundo,

debe haber un objeto por el cual la administración quiere manifestarse; y el interés público que es el fin que busca la administración. En cuanto al elemento formal y causal, depende de la entidad que emite el acto administrativo y las circunstancias que rodeen la situación jurídica.

En nuestro ordenamiento jurídico colombiano se encuentran cinco elementos que componen el acto administrativo estos son el elemento subjetivo, objetivo, finalista, causal y formal los cuales se expondrán a continuación:

7.1 Elemento subjetivo

Es el funcionario público, quien expide el acto administrativo, por tanto, es el componente humano que tiene las competencias que conforme a la ley se le ha atribuido, bajo el principio de legalidad. El funcionario actúa en nombre del Estado, y emite el acto administrativo; es el sujeto que ejerce la voluntad del órgano estatal, dicha manifestación de voluntad es legítima, por tanto, deberá estar exenta de vicios.

El funcionario público que ejerce funciones públicas, estos sujetos actúan en función de la administración, y expresan una voluntad única, esta es en últimas la voluntad de la misma administración, es por ello por lo que los sujetos tienen competencias y una capacidad de actuación, que se rigen por el principio de legalidad. Estos funcionarios públicos deben tener la competencia, entendida como la capacidad de la persona natural o jurídica, la cual debe ser acorde con los parámetros de la Constitución Política y las normas del ordenamiento jurídico referentes a las funciones que debe ejercer.

El campo de actuación del funcionario público es lo permitido por la ley y las normas, a diferencia del derecho privado en el cual los sujetos de derecho tienen una capacidad limitada solo por lo prohibido por la ley.

Lo anterior se debe a la implicación que tiene el expedir un acto administrativo puesto que con este se genera la alteración del ordenamiento jurídico, la competencia para las personas que ejercen funciones públicas se sustenta en el artículo 5 de la ley 489 de 1998, esta competencia es exclusiva e inherente y que son expresamente asignadas por la ley, ordenanza, el acuerdo o reglamento ejecutivo.

De acuerdo con el concepto, tendrán competencia para emitir actos administrativos los funcionarios públicos investidos legítimamente por la entidad a la que pertenecen y a través de los cuales ejercen la voluntad del órgano estatal, dicha manifestación de voluntad para que se entienda legítima deberá estar exenta de vicios. La existencia está determinada por la voluntad manifiesta de una autoridad que se presenta a través de una decisión, así lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-069/95:

La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual (Corte Constitucional en la Sentencia C-069 de 1995. M.P: Hernando Herrera Vergara.).

7.2 Elemento objetivo

Es la voluntad que tiene la administración en proferir un acto administrativo, pero encontramos en el ordenamiento jurídico unos actos administrativos que tienen mayor discrecionalidad que otros. Esto depende de la competencia con que cuente ese funcionario público. El objeto es sobre lo que versa el acto administrativo, razón por la cual como establece Sánchez Torres (2008), el acto tiene atributos, y debe ser lícito, cierto,

determinado y posible física y jurídicamente. De allí que el objeto del acto sea de dar, hacer, no hacer. Este puede indicarse dentro del acto de manera expresa o implícita.

7.3 Elemento causal

Son los motivos por los cuales se profiere el acto administrativo, siendo las razones de una situación fáctica o legal que anteceden, la creación del acto administrativo es el fundamento por el cual el funcionario público lo emite.

Es necesario enunciar la diferencia que existe entre motivación y motivos, entendiéndose la primera como la actitud que adopta la administración frente a los argumentos que se presentan para tomar dicha decisión, es el acto de motivar; argumentos que constituyen el motivo del acto.

El motivo es la causa por la cual la administración necesita crear el acto administrativo, la causa es presupuesta y/o antecedentes de hecho o de derecho que promueven que la administración actúe y se manifieste.

Los motivos que preceden a un acto administrativo son un elemento fundamental para la existencia de este, este es el núcleo que fundamenta el acto, con el cual se manifiesta la administración; por ello en el evento que el acto administrativo carezca de motivos este pierde de validez y sería un acto nulo.

En el momento que la administración realiza un estudio jurídico y fáctico previo de la elaboración de un acto administrativo, debe tener la fiabilidad que los motivos jurídicos o fácticos son existentes, suficientes y ser consecuentes con el acto administrativo que se expide.

En el evento que se realice un estudio jurídico y fáctico, vago e incompleto, se genera un acto administrativo defectuoso que puede generar una futura demanda contra el Estado, o puede alterar al ordenamiento jurídico de forma menos nociva, generando consigo la revocatoria directa del acto por consentimiento del particular cuando sea un acto de carácter particular, o la acción de lesividad.

Se debe tener presente que el hecho que el acto administrativo no tenga los motivos expresos en el mismo documento no es una falencia, puede que la administración tenga los motivos en otro acto administrativo o si es el caso la administración deberá presentar los motivos con los cuales se sustenta el acto administrativo cuando estos sean solicitados.

Los motivos de los actos administrativos no deben ser expresos, pero de acuerdo con la doctrina (Sánchez Torres, 2007, p. 71 y 85) y la jurisprudencia y para dar cumplimiento al principio de legalidad, se ha establecido que los actos administrativos deben ser motivados.

La Corte Constitucional ha señalado en su Sentencia SU- 917-10:

“Por regla general la Administración tiene el deber de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado en cada una de sus instituciones; es decir, tiene la obligación de hacer explícitas los fundamentos o razones de hecho y de derecho de sus decisiones. Para el caso colombiano, ello es consecuencia directa del diseño adoptado en la Carta Constitucional de 1991, sobre el cual esta Corporación ya ha tenido oportunidad de referirse en numerosas oportunidades”.

En la Sentencia SU-250 de 1998 la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó por vez primera su jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos administrativos.

Apoyada en importantes planteamientos doctrinarios, la Corte explicó que la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad. Recordó cómo en el sistema napoleónico imperial no había tal exigencia y cómo en el antiguo régimen español ni siquiera se requería motivar las decisiones judiciales, de manera que sólo a finales del siglo XIX y durante el siglo XX se desarrolla la dogmática según la cual, salvo casos excepcionales, los actos de la administración también deben estar motivados.

7.4 Elemento finalista

Son los efectos que busca producir el acto administrativo en el ordenamiento jurídico, por ello:

Proviene de la norma jurídica atributiva de poderes jurídicos al órgano administrativo de decisión... [...]. El fin es cierto, determinado, preciso, concreto, particular especial y específico, señalado por el legislador en el texto atributivo de poderes jurídicos otorgados al órgano de decisión y que integra su competencia. (Sánchez Torres, 2007, p. 85).

Con este elemento se busca que los actos administrativos persigan un objetivo claro y específico, éstos deben procurar porque dicha finalidad lleve inmersa directa o indirectamente la defensa del interés general, es decir que implica la licitud del derecho público, y el acto tiene como fin todo lo que no esté prohibido y todo aquello que le esté expresamente autorizado de acuerdo con las normas que se consideran al elaborar dicho acto administrativo.

7.5 Elemento Formal

Son los requisitos, ritualidades o solemnidades que se usan al momento que se va a proferir el acto administrativo, los cuales son exigidos por la ley; en el ordenamiento no hay

una forma estándar especial para los actos administrativos, por ello la formalidad depende de lo que establezca la ley.

Son los requisitos y solemnidades dispuestas en la ley que se deben realizar para que exista un acto administrativo. Al respecto, vale la pena mencionar que la ley 1437 de 2011 contempla la posibilidad de emitir actos administrativos a través de medios electrónicos, caso en el cual se tendrá que cumplir con lo que ordena la norma para la emisión de estos.

Así mismo, es de tener en cuenta que cada una de las entidades del Estado maneja sus procedimientos internos, y estructuran la forma con la cual la entidad crea sus actos administrativos, por tanto, tienen sus formalismos. Estos no pueden generar una decisión diferente de la administración.

8. Atributos del acto administrativo

Los atributos del acto administrativo encierran la naturaleza de este y con ello las prerrogativas del poder público, estos son la validez del acto, es decir la presunción de legalidad; la eficacia, es el efecto jurídico, la fuerza ejecutoria; la ejecutividad, es la unilateralidad de las decisiones; y la oponibilidad es la aptitud que tiene el acto administrativo de ser denunciado ante la Jurisdicción, para comprender su importancia se expondrá cada uno de ellos.

8.1 La validez del acto

Es decir, la presunción de legalidad, esta es una presunción iuris tantum, todos los actos administrativos que se crean son válidos por regla general.

Este atributo del acto administrativo se fundamenta en el principio de legalidad, toda la actuación que realice la administración debe estar en conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, por ello es un deber de los funcionarios públicos estar actualizados en la norma y tener una unificación de criterios en su campo de acción para materializar este atributo del acto administrativo, y de manera inherente se concreta en el principio de legalidad.

Con el principio de legalidad se garantiza el respeto de los derechos fundamentales, la realización de los fines y los postulados del estado social de derecho, este es el límite al poder público - luis puniendi, con este se evita la arbitrariedad de la actuación de la administración y la anarquía originaria del Estado.

Este atributo extiende la seguridad jurídica y la confianza de la administración en los administrados, todo acto administrativo se presume válido y eficaz, razón por la cual los funcionarios públicos están subyugados a la constitución, la ley y las normas vigentes. En el evento que el administrado se sienta afectado por un acto administrativo debe demostrar que es un acto que carece de validez.

8.2 La eficacia

Es un atributo distintivo del acto administrativo, que debe entenderse como los efectos jurídicos que se producen en el exterior cuando se expide, es decir la fuerza ejecutoria, que cobija el principio de legalidad.

Por tanto, se presume que la manifestación de la voluntad reducida en un acto administrativo se crea respetando la norma superior, constitución política, y las normas vigentes del ordenamiento jurídico, para concretar un fin del Estado, ya sea crear, modificar, o extinguir una situación jurídica, con solo su expedición.

De acuerdo con la doctrina la eficacia del acto administrativo es su naturaleza, la forma como la administración acciona el ordenamiento jurídico, que se limita a la vigencia del mismo acto; como sucede en los actos administrativos de carácter general, son eficaces cuando son publicados a nivel nacional, y respecto del acto administrativo de carácter particular cuando se notifica a la persona afectada, de acuerdo con la norma procedimiento establecida.

Lo anterior, es el respeto al principio de publicidad (Congreso de la República. Ley 1437 de 2011) que debe tener la administración en su actuación, siendo la garantía a los derechos fundamentales de los administrados, solo de esta manera los administrados pueden controvertir el acto, oponerse, esto delimita prerrogativas la administración, evitando la actuación arbitraria y anárquica.

8.3 La ejecutividad

Es la unilateralidad de las decisiones que tiene la administración, el privilegio de lo previo (Younes Moreno, 2007, p. 164), todo acto administrativo se materializa sin tener que acudir a una autoridad; la administración tiene la fuerza de hacer obligatorio y dar cumplimiento al contenido del acto.

Esta es la carga de imposición de conductas frente a terceros (Martin Mateo & Díez Sánchez, 2008), por tanto, el administrado se somete a las disposiciones del acto administrativo, este se ejecuta a voluntad de este o de manera forzosa. Frente a toda regla general existe la excepción, y la administración deberá acudir a la jurisdicción u otra autoridad para dar cumplimiento del acto administrativo.

La administración solo se abstiene de ejecutar el acto administrativo cuando su presunción de legalidad se desvirtúa y no se encuentra en firme.

8.4 La oponibilidad

Es la aptitud que tiene el acto administrativo de ser denunciado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para realizar el estudio de su validez, con ello se garantiza a los administrados que la administración no actué de manera absurda por fuera de la órbita constitucional.

De allí, que los recursos administrativos son el primer control al acto administrativo actuación, y los acciones que permiten acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, para determinar si el acto se encuentra en alguna de las causales contempladas en el C.P.A.C.A... Por tanto, se decide sacarlo del ordenamiento jurídico, declarando su nulidad, o se restablezcan y/o reparan los derechos e intereses a los afectados, por el perfeccionamiento del acto administrativo en el ordenamiento jurídico.

Los cuatro atributos contemplados previamente, son consecuentes uno de otro, un hilo conductor que permite a la administración expedir actos que presuponen ser idóneos para el ordenamiento jurídico, tanto los actos administrativos de carácter general como los de particular cumplen los fines estatales, siempre que sean existente, válidos y eficaces.

Pero la administración puede expedir un acto administrativo perfecto (contemplando todos sus elementos y atributos), cumpliendo fines constitucionales y legales, pero produciendo un daño antijurídico a una persona particular, porque previo a su creación hay un riesgo jurídico, que se materializa al expedirse y ya no es un riesgo jurídico si no un daño antijurídico, que genera la responsabilidad de la administración y la indemnización.

9. Características, elementos no esenciales del acto administrativo

Las características del acto administrativo son inherentes a este mismo, ya que con ellas se diferencia el acto administrativo de los actos no jurídicos y de los actos jurídicos privados, así mismo permite diferenciarlo del contrato, del hecho, de la operación y de la omisión administrativa.

Algunas de estas características son que el acto administrativo: lo emite un funcionario público que tiene facultades de función pública; altera las situaciones jurídicas de carácter general o particular; tiene una motivación coherente y armónica con el ordenamiento jurídico; es obligatorio porque proviene de una autoridad que lo hace cumplir. Estas son las características que pueden resaltar del acto administrativo, ya sea carácter general o particular.

Pero el acto administrativo no solo se compone de característica, elementos esenciales y atributos, también contiene elementos no esenciales o accidentales como establece Balbín (2008) y Sánchez Torres (2007), estos son: termino, plazo, las condiciones y el modo; estos tres elementos limitan los efectos del acto administrativo, al tiempo, un hecho futuro e incierto o a una obligación adicional para el administrado.

El término y el plazo son un elemento que limita los efectos del acto administrativo en el tiempo, puesto que se le impone una fecha para que produzca efectos o deje de producir sus efectos. Las condiciones, limitan los efectos del acto administrativos a unos hechos futuros e inciertos; y el modo es una carga que se impone al administrado para que el acto administrativo tenga efectos, es decir que este modo guarda una relación con el derecho reconocido.

10. La técnica normativa en la elaboración de actos administrativos

El decreto 1081 de 2015 es una guía y directriz, que contempla la técnica normativa con la cual los ministerios y departamentos administrativos que expiden decretos y resoluciones los elaboren, el cumplimiento de estos lineamientos mitiga el riesgo que el acto administrativo sea demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por el medio de control por inconstitucionalidad, nulidad; de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa, o la eventual acción de tutela.

Cuando los funcionarios públicos cumplen las etapas (planeación, la etapa de redacción, la publicidad, revisión y consulta, la expedición y el archivo), se reduce el riesgo jurídico, estas etapas evidencian que el acto administrativo se elabora con todos los elementos que ha planteado la doctrina y que son estudiados por la jurisprudencia, (Elemento subjetivo, objetivo, finalista, causal y formal).

La técnica normativa, promueve que el funcionario que elaboren el acto administrativo sea válidos y eficaces, y que estos sean de calidad, es decir su elaboración se realiza con el estudio jurídico, sociales, económicas, ambientales, políticas y demás ámbitos que pueden influir en su elaboración.

En el ordenamiento jurídico colombiano, no hay una técnica normativa con la cual los funcionarios públicos elaboren los actos administrativos de carácter particular, la técnica y el procedimiento con el cual se expiden actos administrativos es autónoma de cada entidad.

A pesar de que la doctrina y la jurisprudencia establece de manera puntual los elementos que debe contener un acto administrativo, y nuestro ordenamiento jurídico regula las acciones contra los actos administrativos, estos son los parámetros con los que cuentan los funcionarios públicos al momento de expedir un acto administrativo.

Esta falta de unificación de criterios para elaborar los actos administrativos de carácter particular genera dos riesgos, el primero es la demanda contra el acto administrativo ante la jurisdicción con cualquiera de las acciones establecidas en el C.P.A.C.A.; y el segundo riesgo es que la misma administración revoque sus actos.

Los anteriores riesgo ya se han materializado en el ordenamiento jurídico, por medio de las sentencias del Consejo de Estado, como ocurre en el caso del COLEGIO JOSE JOAQUIN CASAS institución educativa se ve afectada porque la administración distrital - Secretaría de Educación Distrital por tanto interpone acción de reparación directa en la cual se revoca actos administrativos, en un primer momento clasifica a la institución educativa en el régimen de libertad regulada, y de manera posterior la clasifica en el régimen de libertad vigilada de conformidad con Ley 115 de 1994 y el Decreto 2253 de 1995.

La Secretaría de Educación Distrital la resolución N° 3948 de 6 de septiembre de 1996 clasifica a la institución educativa en el régimen de libertad regulada por tanto podía establecer las tarifas que cobrará por prestar el servicio de educación, pero no se pronuncia respecto de las tarifas, por tal motivo interponer el recurso de reposición contra la resolución N° 3948 de 6 de septiembre de 1996. La Secretaría de Educación Distrital resuelve con la resolución N° 5737 de octubre de 1996, cambiar la clasificación del instituto educativo indicando que es del régimen de libertad vigilada, por tanto, no pueden establecer de manera autónoma las tarifas que cobrará por prestar el servicio de educación. En el año 1997, con la resolución N° 1669 de 14 de febrero de 1997 reitera la clasificación del régimen de libertad vigilada de la institución educativa; pero la Secretaría de Educación Distrital de manera posterior aclara las resoluciones N° 5737 y 1669 indicando que la clasificación al que pertenece es el régimen de libertad regulada permitiéndole establecer las tarifas que cobrará por prestar el servicio de educación sin pronunciarse respecto de estas.

El Consejo De Estado en sus consideraciones primero indica el medio de control de reparación directa contra actos administrativos revocados es procedente en los casos que se causen perjuicios, esta es el único medio con la cual permite la expresión y materialización del derecho a acceder a la justicia consagrado en el art. 229 de la Carta. “En casos como el presente, se debe considerar la acción de reparación directa dado que el acto administrativo que presuntamente generó los perjuicios desapareció del ordenamiento jurídico, en el momento en que la administración reconoció su error”

Así mismo hace una referencia al daño, indicando que: “(...) el daño que se causa a los administrados únicamente se torna antijurídico en el momento en que la administración, reconociendo la ilegalidad del acto, decide retirarlo del ordenamiento jurídico. Con anterioridad a ello, el acto se encontraba protegido por la presunción de legalidad y, en consecuencia, los efectos que generaba se reputaban legales” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Julio 07 de 2005. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Radicación Número: 25000-23-26-000-2000-00616-01(27842).

De este caso se evidencia la materialización del riesgo jurídico ex ante de la expedición del acto administrativo, en primer lugar, las resoluciones demandadas se elaboraron erradamente; segundo los actos de la administración revocados que han generado efectos en el ordenamiento jurídico genera inseguridad jurídica, tercero el actuar de la administración causa un daño antijurídico a un particular.

Por tanto, estas tres evidencias nos permiten concluir que hay riesgos jurídicos que si son previsto en la etapa de elaboración de los actos administrativos, podrían disminuir el número de demandas contra el Estado por actos administrativos mal elaborados y de baja calidad; segundo fortalece las instituciones del Estado al reflejar su eficiencia y su buen actuar a través de los actos administrativos que expidan, esto es fundamental en un Estado social de derecho, generando seguridad jurídica al administrado; y tercero se mitiga la causación de daños antijurídicos a particulares.

CAPÍTULO III.

EL RIESGO JURÍDICO DE PRODUCIR UN DAÑO ANTIJURÍDICO CON LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR

11. La implicación en el ordenamiento jurídico de los actos administrativos de carácter particular

La administración pública interviene en el ordenamiento jurídico, para garantizar el orden público, la seguridad jurídica y los fines de Estado social de derecho. Esta es una actividad regulada, de ahí que las competencias de los funcionarios públicos se encuentran delimitadas por el principio de legalidad para expedir los diferentes actos administrativos de carácter general y los de carácter particular. Estos dos tipos de acto administrativo se han diferenciado en la jurisprudencia y en la doctrina (Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería). Los primeros, actos de carácter general, son los que tiene enunciados de manera objetiva, abstracto y se dirigen a la pluralidad indeterminada de personas. Los segundos, actos administrativos de carácter particular, son aquellos que crean, modifican, extingue situaciones jurídicas particulares y concretas, o reconocen un derecho, estos actos son determinados, y producen efectos a una situación jurídica particular.

La actividad regulada de la administración cumple con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, todo acto administrativo general o particular genera efectos jurídicos, estos tienen como finalidad cumplir y concretar los fines del Estado Social de Derecho Colombiano, por ello la manifestación de la voluntad de la administración a través de actos administrativos implica mayor responsabilidad para el funcionario público que ejerce funciones públicas y es quien lo expide.

Los actos administrativos de carácter particular son la manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar, y extinguir situaciones jurídicas de carácter concreto o particular, en donde los administrados tienen la confianza y la seguridad jurídica (elementos que materializa el principio de buena fe) que la administración actúa de acuerdo con los parámetros constitucionales, legales y reglamentarios que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico.

Los efectos que produce un acto administrativo de carácter particular genera unas consecuencias en derechos, de allí que el funcionario público al elaborar todo acto administrativo deba pasar por las cuatro etapas lógicas que establece Stassinopoulos que son “la interpretación de la ley, comprobación de los hechos materiales, sumisión de los hechos a la regla de derecho y la formación de la voluntad” (como se cita en El Principio de Legalidad Financiera Como Presupuesto de Validez del Acto Administrativo, Bohoyo Castañar, 1986, p.40).

Estos cuatro pasos se ajustan con la *técnica normativa* establecida en el decreto 1609 de 2015 para la elaboración de los los actos administrativos de carácter general, con esta técnica es una garantía para el administrado en el sentido que la administración elabora actos de calidad que no generan efectos nocivos para un persona alterando una situación jurídica consolidada.

El acto administrativo que se expide se puede tener dos efectos, el primero, generar una ventaja jurídica considerable al particular, el segundo, es generar un daño antijurídico. Estos efectos son responsabilidad de la administración, la actividad de la administrativa pública en si misma conlleva un riesgo, como se indica en la Constitución Política de 1991, en el artículo 90, establece el régimen de responsabilidad del Estado Colombiano, que se fundamenta a partir del daño antijurídico que le sea imputable a causa de una acción u omisión de las autoridades públicas a la administración, de allí que prevenir los daños

antijurídicos son esenciales para que el Estado disminuya el pago por concepto de indemnizaciones o de conciliaciones.

Los efectos jurídicos que tienen los actos administrativos de carácter particular son de gran trascendencia en el ordenamiento jurídico y más cuando estos causen un daño antijurídico que los particulares no tienen el deber jurídico de soportarlo.

La falta de una técnica normativa para la elaboración de actos administrativos de carácter particular genera un mayor riesgo para la administración en ser demandada (este es uno de los riesgos por el cual se crea la política pública de la prevención del daño antijurídico), además de alterar la situación particular de una persona con su expedición existe el riesgo de causar un daño antijurídico, por ello la administración debe establecer en su etapa previa a su elaboración el estudio de los riesgos para prevenirlos, trasladarlos, eliminarlos o asumirlos.

Todo acto administrativo de carácter general como los de carácter particular deben ser expedidos con la técnica normativa que se ha desarrollado con el decreto 1609 de 2015, y la teoría de la administración de la calidad como lo ha planteado la ANDJE en sus manuales, (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2017). Manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico. BOGOTÁ D.C.: Imprenta Nacional de Colombia, p.13.)

Si el funcionario público reconoce el riesgo jurídico que puede tener un acto administrativo, este es el primer paso para que la administración pública prevenga un daño antijurídico; es necesario en nuestra sociedad de riesgo se pueda identificar, estudiar, analizar el riesgo jurídico que acaece al acto administrativo, para en una segunda etapa mitigar el riesgo de producir un daño antijurídico con su expedición, esto igualmente hace concretar la política pública de disminuir las demandas contra el Estado.

A partir de los elementos, atributos y características que tiene el acto administrativo se puede realizar el estudio del riesgo jurídico, en su elaboración, es decir previo a su expedición.

12. El riesgo jurídico en los actos administrativos de carácter particular

El acto administrativo es el instrumento que manifiesta la voluntad de la administración y produce efectos jurídicos en las situación generales o particulares, genera en los administrados la confianza y seguridad jurídica de ser expedidos cumpliendo con el deber ser de respetar el principio de legalidad y demás normas vigentes en el ordenamiento jurídico, pero no hay garantía que todos los actos administrativos que se expiden cumplan con las formalidades establecidas, que sean existente, válidos o que con ellos no se cause un daño antijurídico.

Los actos administrativos son una incertidumbre para los administrados, porque no hay certeza del contenido del acto y tampoco de sus efectos, por ello se generan dos expectativas. La primera, es la expectativa positiva o de ganancia, que consiste en que la administración actúa cumpliendo principio de legalidad y no contrariando el ordenamiento jurídico por tanto sus actos no generan perjuicios; La segunda, es la expectativa negativa o de perdida con esta el acto administrativo que se expide sin relevancia que sea legal o ilegal genera un perjuicio para la Estado o la persona natural o jurídico, lo que genera la ruptura de la cargas públicas en una determinada situación jurídica para la persona.

Es de aclarar que, si la actuación administrativa impone una mayor carga a los administrados, siendo la generalidad de las personas naturales o jurídicas, esto no implica la ruptura de las cargas públicas toda vez que todos los administrados se afectan, la ruptura de

las cargas pública conlleva a una reparación integral por parte de la administración cuando ésta es excepcional, especial y respecto de un caso concreto.

Se debe establecer que la expectativa negativa del acto administrativo, es el riesgo jurídico se divide en tres: el primero es el riesgo jurídico de expedir un acto administrativo con falencias técnicas o formales, lo que conlleva a la corrección del mismo; el segundo es el riesgo jurídico que el acto administrativo de carácter particular que se expide sea ilegal, este es contrario al ordenamiento jurídico, por tanto genera la impugnación de su presunción de legalidad en sede administrativa o jurisdiccional; y el tercer riesgo jurídico es la expedición de un acto administrativo legal, respecto del cual no hay incertidumbre respecto de la presunción de legalidad, pero al expedirse causa un perjuicio, es decir un daño antijurídico, que debe ser reparado de manera integral por la administración, por lo cual debe acudir a la jurisdicción para solicitarlo.

El riesgo jurídico de los actos administrativos de carácter particular se estudia para evitar que se materialicen los mismos, en el momento que el funcionario público tiene conocimiento de estos los puede prevenir, trasladar, eliminar o asumir el riesgo jurídico.

De acuerdo con los elementos, atributos, y características del acto administrativo se puede establecer tres riesgos jurídicos: el primero es el riesgo jurídico de expedir un acto administrativo con falencias procedimentales, técnicas o formales; el segundo es el riesgo jurídico que el acto administrativo de carácter particular que se expide contrario a derecho o ilegal, y el tercer riesgo jurídico es la expedición de un acto administrativo legal pero causa un perjuicio, es decir un daño antijurídico, de allí que se explicara cada uno de ellos, y las posibles consecuencias que puede tener.

12.1 Riesgo jurídico de corrección en la forma – técnico – procedimiento no esencial del acto administrativo

En la elaboración de los actos administrativos, las entidades manejan un sistema y con este el procedimiento para la elaboración de los actos administrativos, por ejemplo, la entidades de registro como son las Cámara de Comercio, primero reciben el documento que el usuario solicita registrar en la matrícula o inscripción de la sociedad o entidad sin ánimo de lucro; segundo se realiza su estudio jurídico; tercero en el evento que sea procedente su registro se da trámite para expedir el correspondiente acto administrativo; y por último la certificación.

Si en la etapa de la elaboración del acto administrativo se genera un error en la forma, la técnica o en el mismo procedimiento no esencial para su existencia, es decir un procedimiento que no se contempla en las normas o en la ley para que el acto administrativo pueda ser expedido. Por ejemplo, la citación a terceros, los dictámenes, conceptos, entre otros.

Este es riesgo jurídico se causa por el sistema o por el funcionario público de forma involuntaria; la información básica del acto administrativo, como es los nombres, fechas, números, que al momento de redactarse pueden tener una falla, estos son errores aritméticos, ortográficos, de digitación, de transcripción, de omisión de palabras o mecanográficos, los cuales no alteran el sentido material o fundamental del acto, es decir que “la apreciación del error descarta una operación de calificación jurídica” (Consejo de Estado. Sección Cuarta. Febrero 26 de 2014. C.P: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Radicación Número: 15001-23-31-000-2006-03148-01(19563)), pero si son responsabilidad de la administración.

Debido a que los actos administrativos pueden tener errores el artículo 45 del C.P.A.C.A. (ley 1437 de 2011), contempla la corrección de errores formales, en donde no

hay un término para que proceda la corrección por simples errores formales en el contenido del acto administrativo, esta disposición permite que los actos administrativos al padecer de una falencia formal se puedan modificar para convertirse en actos administrativos de calidad.

El mecanismo de corrección se establece en el título III del C.P.A.C.A. (ley 1437 de 2011), que se refiere al procedimiento administrativo general, es por ello por lo que la administración de manera oficiosa o el particular interesado puede solicitarla, este mecanismo no corrige los errores referentes al contenido del acto administrativo, para ello será necesario acudir ante la administración o la jurisdicción. Y el hecho de solicitar una corrección no revive los términos para demandar el acto, es claro que el acto administrativo solo tiene un error de forma, que admite corrección el contenido esencial de mismo se mantiene.

También está el riesgo jurídico en la técnica para elaborar actos administrativos es respecto de los instrumentos con los cuales cuenta el funcionario público usa para elaborar el acto, las bases de datos de la entidad, el expediente de la situación jurídica sobre el cual versa el acto administrativo, el material jurídico (acceso a la doctrina y jurisprudencia para elaborar el acto administrativo).

Es fundamental que el funcionario público se encuentre capacitado para elaborar el acto administrativo de acuerdo con el procedimiento establecido por la entidad, tenga acceso al expediente y toda la base de datos que tenga la entidad que sea esenciales para elaborar el acto.

El riesgo jurídico de cometer un error de forma, técnica o procedimiento no esencial que no haga al acto administrativo ilegal es alto, ya que el sistema no es perfecto, es por ello por lo que, si hay un control de calidad posterior a la elaboración, sin que el acto

administrativo se expida y produzca efectos jurídicos, puede disminuir el número de correcciones.

12.2 El riesgo jurídico que el acto administrativo de carácter particular se impugne ante la jurisdicción

Los funcionarios públicos actúan en cumplimiento del principio de legalidad, lo que genera que los administrados tengan la expectativa positiva o de ganancia; por el contrario el riesgo jurídico del acto administrativo es que se expida en contra del ordenamiento jurídico, para estos caso se consagran las causales de nulidad las cuales se enuncia en el (C.P.A.C.A. 2011), en donde además se encuentra el procedimiento para solicitar su anulación y supresión del ordenamiento jurídico de estos actos administrativos.

Por lo cual el riesgo jurídico versa en las mismas causales que se han establecido en el procedimiento administrativo que son los medios de control para impugnarlo, además que estas causales se fundamentan de conformidad con los elementos y atributos que lo consolidan como acto administrativo. Por lo cual se pueden establecer de la siguiente manera:

12.2.1 El riesgo jurídico que el acto administrativo infrinja la Constitución o Ley

En el procedimiento de elaboración del acto administrativo los funcionarios públicos actúan de acuerdo a los parámetros normativos para expedir sus actos administrativos, el riesgo jurídico ocurre cuando hay una indebida aplicación de las normas, con lo cual se puede llegar a determinar que hubo una interpretación errónea de la misma; la indebida escogencia de la normas que fundamentan la elaboración de acto administrativo; también puede generarse la infracción de las normas porque la entidad no maneja una unificación de criterios, o el funcionario público no se ha capacitado en la normatividad vigente.

Estos últimos casos son propiamente del ámbito estructural y operativo que maneja cada entidad del Estado, con relación a las capacitaciones y los estándares de evaluación que manejan con sus funcionarios públicos, para garantizar el funcionamiento correcto de las entidades.

La elaboración de los actos administrativos no depende de la técnica si no de la calidad del funcionario público, quien además de tener las capacidades, además debe tener las cualidades que le permitan ostentar la potestad de expedir actos administrativos de calidad, así como lo plantea el artículo 11 del decreto 654 de 2011 “Por el Cual se Adopta el Modelo de Gerencia Jurídica Pública para las entidades, organismo y órgano de Control del Distrito Capital”.

“Artículo 11. Objetivos estructurantes de la AGDC. La estructuración e implementación de la Abogacía General del Servicio Jurídico del Distrito Capital, tendrá como objetivos los siguientes:

(...)

1.10. Fortalecer el talento humano vinculado a la Abogacía General del Servicio Jurídico del Distrito Capital, privilegiando el mérito en su selección, procurando un permanente reentrenamiento profesional a los abogados, constituyendo equipos de profesionales de alto nivel con capacidad de análisis y estudio en temas transversales o interdisciplinarios de impacto estructural de la ciudad, que puedan resolver favorablemente conflictos de alta visibilidad y riesgo, y consolidarlo como un grupo comprometido y motivado hacia el logro de una ética para el "Abogado del Estado".”

12.2.2 El riesgo jurídico que los efectos jurídicos del acto administrativo afectación del orden público, político, económico, social o ecológico

En este caso se ocasiona cuando se elabora un acto administrativo de carácter particular pero no se contemplan los efectos que puede tener en el ordenamiento jurídico, este es un escenario excepcional en donde el acto administrativo tiene tres características que plantea (Perdomo, 2012, p. 227) este debe ser ilegal, producir efectos, y estos últimos con los cuales se concretan la finalidad del acto administrativo nocivos para el orden público, político, económico, social o ecológico.

Es decir, el funcionario elaboró un acto administrativo en contra del principio de legalidad, y sin realizar el estudio previo del acto administrativo, no se contempla el efecto que tiene al ser expedido.

En el evento que la administración realice la revisión del acto administración de carácter particular antes de ser expedido, siendo el control de calidad de este, se preverá los riesgos que este puede tener en el ordenamiento jurídico, ya que esta es una revisión del acto que se va a expedir, lo que permite prever los efectos y con ello mitigar el riesgo que estos sean nocivos para el ordenamiento jurídico.

12.2.3 El riesgo jurídico que el acto administrativo lo expide un funcionario público sin competencia

De acuerdo con la doctrina esta causal de nulidad se configura a partir del elemento subjetivo de todo acto administrativo, este es fundamental para que exista, sea válido, genere efectos jurídicos y se cumpla en el ordenamiento jurídico, de allí que la competencia que tiene el funcionario público se establece en la Constitución, la ley, el decreto, la resolución, la ordenanza o regulación que consolida su campo de acción en el ámbito territorial, temporal, material, y de acuerdo con la independencia funcional en el grado

horizontal o vertical como se indica en la sentencia (Consejo de Estado. Sección Tercera. Junio 08 de 2016. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación Número:25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)).

El riesgo jurídico surge en el evento que el funcionario público no tiene claras sus competencias y usurpa el poder funcional en el grado horizontal o vertical; o por el funcionario de hecho, ya que es un funcionario público que genera un impresión en el conglomerado social de tener la competencia de expedir acto administrativo pero en la realidad no las tiene, esta última situación puede ocurrir en el evento que se genera la suspensión del cargo, caso en el cual no era procedente expedir actos administrativos, así haya sido restituido de manera posterior.

12.2.4 El Riesgo Jurídico que el acto administrativo se expide con desviación de poder

La principal característica del acto administrativo es la finalidad que tienen en el ordenamiento jurídico de satisfacer las necesidades, concretando los fines del estado social de derecho, y generar efectos jurídicos. Por tanto, es fundamental que el funcionario público respete el principio de legalidad para garantizar que el acto administrativo cumpla con la utilidad pública por el cual la ley o las normas quieren que se expida.

El funcionario público tiene el poder modificar el ordenamiento jurídico, cuando se amanse la honestidad, la transparencia, la ética y el respeto por el interés general al momento de elaborar el acto administrativo, se alterar o se abusa del poder otorgado, lo que conlleva a que el acto administrativo sea legal, pero exista una disparidad entre su finalidad y el propósito que ha establecido las leyes en las cuales le fundamenta este como se ha reitera en el (Consejo de Estado. Sección Tercera. Marzo 30 de 2017. C.P: Danilo Rojas Betancourth. Radicación Número: 15001-23-31-000-1999-02107-01(41230)).

Con este riesgo jurídico, se genera que los administrados dejen de confiar en las autoridades administrativas, se vulnera el principio de buena fe de la administración pública y la autotutela que tiene la función administrativa no se cumple.

12.2.5 El Riesgo Jurídico de elaborar un acto administrativo con falsa motivación o sin motivación

La motivación de los actos administrativos es un riesgo jurídico si el funcionario público que elabora el acto no tiene claridad o certeza de las circunstancias o los hechos con los cuales se fundamentan el acto administrativo, ya sea porque se apreciaron de manera incorrecta (de forma voluntaria o involuntariamente) o no existieron y aun así el acto se expide. Los motivos deben enmarcarse con la realidad jurídica y la fáctica para que el acto administrativo sea de utilidad pública.

Se aclara que no hay riesgo jurídico respecto de los actos administrativos que no expresan de manera textual los motivos, como ocurre con los actos discrecionales que por imperio de la ley se otorga esa potestad al funcionario público.

Por tanto, el riesgo jurídico se genera cuando se elabora un acto administrativo en el cual no hay concordancia entre los hechos y la decisión del final, lo que conlleva a que el acto administrativo esté fuera del principio de legalidad, racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad jurídica de las funciones de la administración.

12.2.6 El Riesgo Jurídico de expedir un acto administrativo de forma irregular

El funcionario público debe conocerlo y dar cumplimiento del procedimiento que indica la ley para expedir cada acto administrativo, estos requisitos son esenciales para que

el acto administrativo garantice a los administrados sus derechos, como es el del debido proceso, que contiene el derecho de defensa y audiencia.

El riesgo jurídico que se desconozca o se dé una mala aplicación al procedimiento se genera por el desconocimiento de las normas con las cuales se debe expedir el acto administrativo por parte del funcionario público.

Los anteriores riesgos jurídicos son respecto de las falencias que tiene el acto administrativo de acuerdo con los elementos, por tanto, se enmarcan en las causales para que los administrados puedan con los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad, medio de control de nulidad y medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho- impugnarlos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

12.3 El Riesgo Jurídico de causar un daño antijurídico con un acto administrativo legal

Los actos administrativos de carácter particular alteran el ordenamiento jurídico porque crean, modifican, o extinguen situaciones jurídicas particulares para cumplir los fines del Estado social de derecho, pero con ellos también se puede causar un daño antijurídico que tiene como consecuencia la revocatoria directa o la impugnación ante la jurisdicción por parte del particular o la misma autoridad pública, lo que conlleva a la responsabilidad de reparar de manera integral al particular afectado siempre que tenga este derecho.

Si se causa un daño antijurídico por parte de un funcionario público se aplica el régimen de responsabilidad objetiva del Estado Colombiano que es expreso en la Constitución Política de 1991, artículo 90., que es la vulneración del principio de igualdad ya que los administrados no tienen el deber de soportar una carga pública que no le incumbe normalmente.

Un antecedente de la responsabilidad de la administración por los daños en ejercicio de sus facultades legales es el caso de la arrêt La Fleurette como se ha citado en la sentencia de la Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

Este antecedente permite que la jurisprudencia del Consejo de Estado evolucione y cambie su orientación en la que el Estado no es responsable por sus actos legítimos, por el enfoque de la irresponsabilidad como regla general, es decir que reconoce que la autoridad pública es responsable en el ejercicio de su actividades legales en el evento que se cause un daño antijurídico a una persona natural o jurídica, este es el riesgo jurídico del acto legal, como se evidencia en el Caso de la Empresa Editorial El Siglo S.A. sentencia de (Consejo de Estado. Sección Tercera. Julio 22 de 1955. C.P: Manuel Buenahora. Radicación Número: CE- SCA -1955- N5085).

El riesgo jurídico en un acto administrativo legal de carácter particular no versa con relación a la vulneración de la presunción de legalidad, puesto que no hay duda de esta, por tanto, este surge en relación con los efectos jurídicos de expedirlo y ejecutarlo (operaciones administrativas) que pueden causar un daño antijurídico a una persona natural o jurídica.

12.4 Jurisprudencia del Consejo de Estado por el daño antijurídico de actos administrativos legales

Las autoridades públicas que componen el Estado son responsables de toda acción u omisión si es imputable a la misma autoridad cuando es declarada en una decisión judicial, por tanto le corresponde al administrado usar los medios de control instituidos en el ordenamiento jurídico para restablecer los derechos vulnerados por la ilegalidad de la actuación o en el evento de romperse el equilibrio de la cargas públicas se indemnice de acuerdo con la justicia distributiva que es propia del Estado Social de Derecho.

La responsabilidad de la administración respecto de los actos administrativos de carácter particular se define en dos categorías; la primera, hace referencia al acto jurídico unilateral ilegal que se elabora y expide a causa de la descoordinación de los funcionarios públicos, por ello la finalidad es extraerlo del tráfico jurídico, es decir que se declare su nulidad. La segunda es respecto del daño antijurídico que se causa a una persona natural o jurídica, por tanto, se debe reparar de forma patrimonial e integral al particular afectado.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado el administrado debe escoger el medio de control dependiendo del origen del perjuicio alegado, la escogencia de la acción no depende de la discrecionalidad del demandante, lo anterior tiene la finalidad de lograr el objetivo jurídico del medio de control y hacer más eficiente la vocación jurisdiccional (Consejo de Estado. Sección Tercera. Agosto 01 de 2016. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación Número: 47001-23-31-000-2003-00961-01(35953)).

Los medios de control de la primera categoría de la responsabilidad correspondiente al control de la legalidad que se encuentran en el C.P.A.C.A son: Nulidad por inconstitucionalidad (Art. 135); nulidad (Art. 137); nulidad y restablecimiento del derecho (Art. 138); nulidad electoral (Art. 139). El medio de control de la segunda categoría que de acuerdo con la Jurisprudencia se denomina responsabilidad extracontractual del Estado y que se encuentra en el C.P.A.C.A, Art. 139, es la reparación directa, es por ello por lo que los actos administrativos de carácter particular en los que no hay duda respecto de la

presunción de legalidad, pero causan un daño antijurídico hacen parte de esta responsabilidad.

El Consejo de Estado ha realizado un estudio jurídico de los casos en los cuales se demanda de manera excepcional el acto administrativo particular que genera un daño antijurídico, de acuerdo con el Consejo de Estado. Sección Tercera. Junio 1 de 2017. C.P: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Radicación Número: 73001-23-31-000-2011-00416-01(43300), el antecedente de este tipo de responsabilidad viene desde las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, por tanto:

“La jurisprudencia nacional⁴ de vieja data ha indicado que si el perjuicio tuvo origen en una actividad lícita de la administración como es la que se desprende de la ejecución de un acto administrativo cuya legalidad no se discute, es posible reclamarlo mediante el ejercicio del medio de control de reparación directa en la medida en que se configura un daño especial (Bonnard). De modo que no es forzoso reclamar, mediante el contencioso

4 Nota original de la sentencia citada: La Corte Suprema de Justicia en uno de los primeros pronunciamientos en materia de responsabilidad extracontractual del Estado precisó: “La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la ley. Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de la actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE NEGOCIOS GENERALES, Sentencia de 3 de agosto de 1949). // A su turno el Consejo de Estado la Sección Tercera dos décadas después señaló: “La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetivos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso en que se dijera para qué están instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional - bello artículo, lo llama el señor Samper-, en que expresamente se declaran los altos fines de esas autoridades. Intranscendente parece ese precepto; pero no es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el poder público ha sido y puede ser convertido en objeto patrimonial de familia, de grupo, de clase o de partidos. // “Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural, de aquellos que han de servir para ilustrar a la Constitución, según las previsiones del artículo 4º de la Ley 153 de 1887, formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 17 de noviembre de 1967).

subjetivo, la indemnización proveniente de actos administrativos expedidos con arreglo a la Constitución y la ley y cuya legalidad no se controvierte, sobre la base de que al imponerse al administrado una carga especial que no tiene por qué padecer se presenta un rompimiento del equilibrio en las cargas públicas, idea inserta en la conciencia jurídica moderna (Duez) como una expresión del principio general de igualdad ante la ley⁵ (isonomía).

De acuerdo con lo anterior en la jurisdicción contenciosa administrativa se estableció la tendencia de hacer responsable patrimonialmente a la autoridad administrativa si en el ejercicio de sus competencias realizando actividad estatal legítima “tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente”⁶ causaba un daño a un particular. Consejo de Estado. Sección Tercera. Junio 1 de 2017. C.P: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Radicación Número: 73001-23-31-000-2011-00416-01(43300).

La responsabilidad objetiva se le atribuye a la administración en el evento que el acto administrativo vulnera el principio de igualdad de los administrados frente a las cargas públicas, es decir que la carga pública impuesta a esa determinado administrado, es excepcional, especial y por tanto se hace necesario reparar porque no tiene el deber jurídico de soportar, esta no hace parte de las cargas inherentes que deben sufrir por vivir en sociedad, es decir este es un daño antijurídico como indica el Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 30 de septiembre de 1983, Actor Hojalata y Laminados S.A., C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3178.

5 Nota original de la sentencia citada: Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 11 de abril de 1978, Exp. 1567, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 30 de enero de 1987, Exp. 4493, Actor Bertha María Martínez, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 28 de julio de 1987, Exp. 4983, actor Tiberio Restrepo Álvarez, C.P. Carlos Betancur Jaramillo: “cuando se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas porque éstas exceden las conveniencias generales y normales, el Estado estará obligado al resarcimiento a nombre de todos para, así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido”.

6 Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1976, C.P. Jorge Valencia Arango. Exp. 1482.

Estos casos son excepcionales, cuando se acude a la jurisdicción no se busca demandar la legalidad del acto administrativo, toda vez que este se presume legal, pero con su validez se genera el daño, de allí que se establece la procedencia de cada una de las acciones, que ahora se denominan medios de control, como se indica en sentencia del Consejo de estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Tercera. Sentencia de 24 de agosto de 1998. C.P. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ. Exp. 13685.

“...diferenciándose claramente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de la acción de reparación directa, fundamentalmente por la circunstancia de que la primera es procedente cuando al restablecimiento del derecho se ha de llegar previa declaratoria de ilegalidad del acto cuya nulidad se demanda en tanto que la órbita de acción de la de reparación directa, no reclama declaratoria de ilegalidad del acto administrativo alguno como condición para su prosperidad...”

La reparación directa es el medio de control para impugnar un acto administrativo legal, siempre que primero en la demanda no se cuestione la legalidad del acto administrativo; segundo se acredite el rompimiento de igualdad ante las cargas pública (daño antijurídico); tercero debe haber suficiente claridad de la legalidad del acto administrativo ya que el administrado no tiene la potestad arbitraria de cuestionar su la legalidad, y no es procedente invocar la reparación directa para obtener la indemnización de perjuicios por vicios de ilegalidad. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Marzo 8 de 2007. C.P: Ruth Stella Correa Palacio Radicación. Número: 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421)).

El desarrollo jurisprudencial sobre este tipo de responsabilidad ha establecido los eventos en donde la reparación directa es procedente:

La primera línea jurisprudencial, consiste cuando el funcionario público elabora y expide un acto administrativo de carácter particular que necesita cumplir los requisitos de publicidad para nacer en el ordenamiento jurídico, de esta manera se convierte de carácter obligatorio al particular a quien va dirigido, y se puede impugnar ante la jurisdicción con medios de control si este es ilegal. Se debe precisar que con el C.P.A.C.A. el silencio administrativo positivo permite la firmeza del acto.

La notificación de los actos administrativos es esencial, de allí que estos puedan tomar firmeza y tener el carácter ejecutivo que se consagra en el C.P.A.C.A, art. 89. Por ello, en el evento que por una irregularidad o la falta de diligencia de la administración el acto administrativo expedido se ejecuta anticipadamente “por no notificarse debidamente, o por falta de notificación o antes de quedar en firme la decisión que desató un recurso, o antes de que transcurra, según su caso, el término para quedar debidamente ejecutoriada”. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Agosto 1 de 2001. C.P: Maria Elena Giraldo Gómez. Radicación Número: 08001-23-31-000-1990-3344-01(13344)).

El carácter ejecutivo es un atributo del acto administrativo en el evento que se ejecuta materialmente un acto administrativo que no nace en el ordenamiento jurídico, sin haber cumplido los requisitos de publicidad que dan consecutividad a que se encuentre en firme, genera un daño antijurídico a las personas, quienes tienen la reparación directa como el medio de control adecuado para demandar el acto administrativo, si este no nace a la vida jurídica no se puede encontrar ejecutoriado y tampoco puede ser objeto de control judicial.

Una segunda línea jurisprudencial que ha sido reiterada por el Consejo de Estado en diferentes sentencias, es el caso de la revocatoria directa de un acto administrativo por parte de la administración, este es un instrumento regulado en el C.P.A.C.A., art. 93 y Ss., y con el cual la administración extingue o saca del ordenamiento jurídico un acto administrativo por razones de legalidad o conveniencia, de allí que se consolida una situación jurídica

compleja en la cual en principio a un acto administrativo que está vigente en el ordenamiento jurídico que ha generado efectos, pero la administración lo revoca, es decir a través del acto administrativo de revocatoria se decide eliminar del ordenamiento jurídico el primero.

Los efectos jurídicos de durante el tiempo de vigencia del primer acto administrativo que alteran la situación jurídica de un particular cómo se indemniza si con el acto de revocatoria se elimina el primero. De allí que sea imposible impugnar un acto administrativo por nulidad y restablecimiento de derecho cuando ya no existe en el ordenamiento jurídico, además que con este medio de control en primera medida se busca declarar la ilegalidad del acto administrativo y seguidamente buscar restablecer los derechos conculcados a causa de la ilegalidad.

Ahora bien, si el acto administrativo que se revoca causó efectos jurídicos en beneficio del particular, por tanto, al revocar se vulnera y se destruye el principio de buena fe, la confianza y seguridad jurídica que se le brinda al administrado.

Como se establece en la sentencia de consejo de estado. Sección Tercera. Sentencia de 15 de septiembre de 2013.M.P., Doctor Gerardo Arenas Monsalve. Ex. No. 2166-07., el acto administrativo de revocatoria directa sólo produce efectos a futuro partir de su existencia, porque:

“primer lugar, tiene el carácter constitutivo de nuevas situaciones jurídicas; y, en segundo lugar, no se duda de la eficacia del acto en virtud del principio de legalidad no hay duda de que el acto administrativo ha cumplido sus efectos, y de acuerdo con la capacidad que tiene la administración para hacerlo cumplir sin necesidad de la intervención de autoridad distinta, es decir sus atributos de ejecutividad y ejecutoriedad”.

De acuerdo con lo anterior se dejaría al administrado sin mecanismo para obtener la indemnización de los perjuicios causados durante la vigencia de un acto revocado, como se establece en la jurisprudencia, “se requiere de un pronunciamiento judicial para que proceda el reconocimiento de los daños y perjuicios que pudo ocasionar un acto administrativo revocado, durante su vigencia” Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 15 de septiembre de 2013. M.P., Doctor Gerardo Arenas Monsalve. Ex. No. 2166-07.

Por ello, la reparación directa es el medio de control que permite que el administrado de demandar el acto de revocatoria para ser indemnizado patrimonial e integral del daño antijurídico que se generó durante la vigencia del acto administrativo que se revocó.

Con el desarrollo jurisprudencial se evidencia que en el ordenamiento jurídico se ha materializado el riesgo jurídico de un acto administrativo legal causa un daño antijurídico generando el deber de repararlo, toda actuación administrativa tiene la finalidad de concretar los fines del Estado Social Derecho, y la Autoridad Pública tiene la obligación perentoria y constitucional de actuar bajo el principio de eficacia para cumplir los fines esenciales del Estado, este principio se encuentra en la Constitución Política, 1991, artículo 2:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Subrayado fuera del texto.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El principio de la eficacia se define a partir de dos aspectos, el primero es en cuanto al cumplimiento de las atribuciones que el ordenamiento jurídico les asigna en una ley o en el reglamento. Y la segunda, es la procura de la efectiva realización de los derechos que consagra la Constitución Política a favor de los administrados.

De allí que los funcionarios públicos a partir de la eficacia, la igualdad y la solidaridad es responsable respecto de cualquier manifestación de la voluntad que no se eficaz, es decir no produzca el efecto deseado.

12.5 El riesgo jurídico elemento técnico del acto administrativo

El Estado como organización sociopolítica conformado por diferentes instituciones que personas naturales dirigen, coordinan y manejan para cumplir la finalidad de materializar el poder político, por ello es responsable de toda actuación relacionada con el servicio que es imputable a la misma institución, va a existir el riesgo jurídico de la actuación ya que las situaciones jurídicas se modifican al momento que se expide un acto administrativo.

La autoridad administrativa se hace responsable del riesgo jurídico del acto administrativo cuando este se materializa, deja de ser un riesgo jurídico y se convierte en una corrección de la administración, una demanda o un daño antijurídico a una persona natural o jurídica. El administrado tiene la expectativa que el Estado manifiesta su voluntad a través de los actos administrativos que emite en servicio de la función pública para concretar los fines de la Constitución Política de 1991, esta es una garantía constitucional.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia la responsabilidad del Estado en relación a los actos administrativos, si este se expide con algún error, debe corregirse, siendo un reproceso para la autoridad administrativa (Riesgo jurídico en la forma – técnico – procedimiento no esencial); si el acto administrativo presenta alguna ilegalidad la administración debe asumir la responsabilidad de la demanda que se presente contra el acto administrativo en la jurisdicción (riesgo jurídico de ser impugnado) lo anterior por el medio de control, que tiene por finalidad anular la actuación que es contraria al ordenamiento jurídico, lo que implica configurar una estrategia de defensa judicial que implica un mayor costo para la administración pública; y finalmente la administración es responsable de la vulneración del principio de igualdad de las cargas públicas con sus actos administrativos legales (riesgo jurídico de causar un daño antijurídico) que con la reparación directa medio de control adecuado para lograr la reparación al daño causado.

Los anteriores son los tres riesgos jurídicos del acto administrativo, que debe tener presente los funcionarios públicos a diario de elaborarán y expiden actos administrativos generales y/o particulares, este último tiene mayor probabilidad de riesgo jurídico debido a que estos alteran situaciones jurídicas particulares y concretas.

Es deber de la administración reducir la probabilidad del riesgo jurídico para promover un servicio eficaz acorde con los fines del Estado social de derecho, de allí que se han implementado políticas para la prevención del daño antijurídico, que tienen la finalidad proteger el patrimonio del Estado el cual se desfoga con el pago de las indemnizaciones a las personas que se les ha causado un daño antijurídico que es imputable a la autoridad pública.

Hacer que el riesgo jurídico sea un elemento técnico del acto administrativo, permite tener mayor control de este, por ello, en el proceso de elaboración el funcionario público debe reconocerlo para establecer las medidas necesarias para prevención de demandas

contra el acto administrativo, así como mitigar la generación de daño antijurídico a las personas naturales y jurídicas, y evitar reprocesos administrativos o mayores costos en el funcionamiento de la administración.

CAPÍTULO IV.

EL RIESGO JURÍDICO ELEMENTO TÉCNICO Y ESTRUCTURAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y LA PREVENCIÓN DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO.

La actuación administrativa debe cumplir con los fines del Estado Social del Derecho, el funcionario público debe generar un servicio con calidad, para satisfacer las necesidades y solucionar los problemas de las personas, de allí que la Constitución de 1991 genera un modelo de gerencia para la administración pública, implementado un modelo de gerencia jurídica, que incluye el control de la actuación administrativa para lograr que la función pública tenga resultados efectivos, eficaces y eficientes.

Los tres riesgos jurídicos del acto administrativo se deben identificar en su elaboración, este es un elemento técnico y estructural, esta es una herramienta para el funcionario público para reducir los reprocesos, conciliaciones o de demandas de los actos administrativos notificados al particular.

La Constitución Política de 1991 promueve a las funciones gerenciales, por tanto, la administración ha ido implementando proyectos para llegar a la buena administración pública, en donde la gestión y la calidad de la función son esenciales, así como focalizar el desarrollo de la función pública de acuerdo con el talento humano que tiene la entidad.

El funcionario público debe tener la certeza de cómo desarrollar sus funciones y actividades, las cuales están contempladas de manera general en la Constitución Política,

pero no es suficiente para lograr que funcione, se hace necesario la reglamentación en leyes, decretos, reglamentos, manuales, procedimientos, modelos, metodologías con los cuales los funcionarios públicos puedan actuar.

Iniciando con la ley 1437 de 2011 expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que a pesar de establecer un procedimiento general de la actuación administrativa carece primero de la definición de acto administrativo y de una guía para la elaboración de actos administrativos de carácter particular.

Luego se implementa el MIPG con la ley 1753 de 2015, Modelo Integrado de Planeación y Gestión con el cual se unifica del sistema de desarrollo administrativo y gestión de calidad y el sistema de control interno, con los cuales se busca la integración para hacer más eficiente la gestión pública.

Modelo que implementa la Defensa Jurídica del Estado, con el fin de proteger los intereses litigiosos en sus actuaciones judiciales, y promueve la política pública de la prevención del daño antijurídico, a través de los manuales de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Así mismo y por mandato legal, establece los lineamientos para que cada entidad pueda elaborar un Manual de Contratación. El decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional” en su artículo 2.2.1.2.5.3, establece que todas las Entidades Estatales de Colombia deben contar con su manual de contratación, en donde se contemplen los lineamientos establecidos por la entidad que rectora de la contratación pública Colombia Compra Eficiente.

Este manual guía a las entidades como deben desarrollar la operación respecto de la gestión contractual, de esta manera se garantiza la eficiencia, la eficacia, economía, promoción de la competencia, rendición de cuentas, manejo de riesgos y publicidad y transparencia.

Los manuales son la guía que permite establecer el procedimiento necesario para elaborar una determinada actividad, por lo que genera mayor control en la actuación y a evita que se dispersen los objetivos.

13. LEY 1437 DE 2011

La ley 1437 de 2011 expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta señala los lineamientos generales para las actuaciones administrativas de los funcionarios públicos y su procedimiento ante las misma entidad y la jurisdicción, se estructura en dos partes la primera, referente al “procedimiento administrativa”, se divide en tres títulos, el primero, disposiciones generales; segundo, derecho de petición (regulado por la ley 1755 de 2015), y el tercero, procedimiento administrativo general.

La segunda parte, hace referencia a la “organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de sus funciones jurisdiccionales y consulta”, con once títulos, el Primero, referente a los principios y objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; Segundo; organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; Tercero, de los medio de control; Cuarto, de la distribución de las competencias del Consejo de Estado, Tribunales Administrativos, Jueces Administrativos; Quinto, de la demanda y proceso contencioso administrativo; sexto, recurso extraordinarios; séptimo, Extensión y Unificación de la Jurisprudencia; Octavo, Disposiciones Especiales para el Trámite y Decisión de las Pretensiones de Contenido Electoral; Noveno, proceso ejecutivo; Décimo, el Ministerio Público; Décimo Primero, plan especial de descongestión, régimen de transición, vigencia y la derogatoria.

El C.P.A.C.A solamente indica parámetros generales para elaborar un acto administrativo, en el título primero, artículo 3 establece que toda actuación de la administración se desarrolla a la luz de los principios que consagra la Constitución Política, los principios que contempla el C.P.A.C.A y las leyes especiales.

El título segundo del C.P.A.C.A referente al derecho de petición hace remisión a la ley 1755 de 2015 que indica el procedimiento para presentar una petición, y el contenido de este por parte de los ciudadanos. En cuanto a la forma o contenido que debe tener la respuesta que debe dar el funcionario público y/o el particulares a quienes se les presenta la petición establece que la entidad debe reglamentar la tramitación de manera interna, es decir, no existe método, manual o guía para elaborar una respuesta al derecho de petición en el ordenamiento jurídico, se evidencia que hay un procedimiento general, sin establecer de manera específica la estructura que este debe tener.

Toda petición que se reciba debe examinarse de manera integral, no puede ser rechazada por carecer de requisitos, documentos o por motivos inadecuados; Así mismo, las peticiones se clasifican en prioritarias por afectar derechos fundamentales y debe darse su respuesta inmediata, para no causar un perjuicio irremediable.

Respecto de la recepción de peticiones, indique que los funcionarios tienen la obligación de recibir la petición y en caso de no ser competente remitirla a la autoridad competente.

Respecto del tercer título tercero, el procedimiento administrativo general para el desarrollo de la actuación administrativa se estudian los artículos más puntuales en el tema, iniciando con el artículo 35 establece que la actuación administrativa puede ser escrita, verbal o por medio electrónico; se debe crear un único expediente que acumule todos los

documentos y diligencias relacionadas con el objetivo de evitar las decisiones contradictorias.

El expediente puede ser examinado por cualquier persona y en el evento que se encuentren documentos que por mandato constitucional o legal sean de carácter reservado, se deberá anexar esta información en un cuaderno separado, y para acceder se debe solicitar a través de un derecho de petición.

Así mismo, establece que la actuación administrativa debe comunicarse a terceros, como debe realizarse la comunicación y los términos para su intervención; los conflictos de competencia de la administración; el manejo de las pruebas; las correcciones de las irregularidades en la actuación administrativa; como establece el nombre del capítulo son las reglas generales como debe el funcionario público elaborar su actuación administrativa, el manejo del expediente y la participación de los terceros.

Ahora bien, en el artículo 41 menciona las correcciones de irregularidades en la actuación administrativa, que puede ser solicitada, de oficio o petición de parte, pero no hay una regulación a esta herramienta, por lo que no establece como el funcionario público evidencia una irregularidad previa a la expedición del acto, si existiera una desarrollo más puntual a esta herramienta, podría prevenir actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico o aun siendo acordes cause una afectación a particulares, pero el C.P.A.C.A no establece un procedimiento para que el funcionario identifique estas irregularidades.

Seguidamente el artículo 42 indica el contenido de las decisiones, las cuales deben contemplar las opiniones de los interesados, con fundamento en las pruebas e informes disponibles, se toma una decisión motivada. Y respecto de las decisiones discrecionales de carácter general o particular debe cumplir con los fines de la norma que los autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Estas indicaciones son generales no tienen mayor desarrollo, por lo que cada entidad deberá desarrollar un procedimiento para elaborar sus actuaciones administrativas de acuerdo con su funcionamiento, en este sentido la entidad debe crear parámetros de actuación para crear sus actos administrativos, dejando un amplio campo de acción al funcionario público para su elaboración.

En este procedimiento general el artículo 45 establece como opera la corrección a los errores formales que contiene un acto administrativo, estos no alteran el contenido del acto, pero son un reproceso para la administración pública. Y para emitir una corrección al acto administrativo errado se genera que el aparato administrativo realice un nuevo procedimiento de corregir lo equivocado, de esta manera se subsana el error y se emite un acto administrativo con calidad acorde al ordenamiento jurídico.

Llegando al procedimiento administrativo sancionatorio el acto administrativo debe contener de conformidad con el artículo 49: 1. Individualizar la persona natural o jurídica; 2. El análisis de los hechos y las pruebas con base en los cuales se impone la sanción; 3. Las normas infringidas con los hechos probados; 4. La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación.

Para los recursos que se presentan ante la misma entidad, esta debe resolver de manera oportuna y con su debida motivación, la administración es libre de realizar el acto administrativo como lo considere más pertinente, de allí que no existe una unificación de criterios respecto del contenido de los actos administrativos, el C.P.A.C.A. no indica una estructura para elaborarlo o redactarlo.

Para el acto administrativo de Revocatoria Directa de actos administrativos no hay una claridad respecto de su elaboración a pesar de contar unas reglas generales no se

especifica la estructura que debe tener, es decir que el funcionario público puede crearlo con libertad y a su criterio, esto se refleja en sin número procedimientos internos que cada entidad del Estado elabora para desarrollar sus actividades. La ley – C.P.A.C.A - establece reglas generales, por lo que el funcionamiento de la administración pública carece de un método y estructura para elaborar los actos administrativos que cumplan con un estándar de calidad.

Por último, el acto administrativo electrónico no tiene una estructura, se establece que se debe asegurar su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley.

Estos primeros títulos del C.P.A.C.A. evidencian que el ordenamiento jurídico tiene un vacío legislativo respecto del concepto de acto administrativo, respecto de lo que debe contener y el método para elaborar un acto administrativo, sólo indica hay reglas generales de actuación para los funcionarios públicos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado a través de los años ha matizado el concepto de acto administrativos, sus elementos esenciales, no esenciales, atributos y características.

Continuando con la segunda parte del C.P.A.C.A. se establece la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, indica los principios, objeto y estructura de la jurisdicción, la competencia, los medios de control el procedimiento, los términos, los recursos para acudir a los jueces y de la extensión y unificación de la jurisprudencia.

El ordenamiento no cuenta con un método para elaborar actos administrativos de carácter particular de allí que el funcionario público lo cree de conformidad a los objetivos de la entidad cumpliendo los requisitos legales, este vacío genera que la administración

pueda producir un acto administrativo que tenga consecuencias negativas para el ordenamiento jurídico.

El legislador ha configurado diferentes procesos para verificar el acto administrativo, esta es la revisión de la actuación administrativa, es el límite al Ius Puniendi del Estado, es decir la protección de los derechos fundamentales y la forma como se concretan los fines del Estado Social de Derecho. Si el acto administrativo no tiene calidad por ser nulo, irregular, contrario al ordenamiento jurídico o cause un daño antijurídico, la administración debe promover mecanismo para identificar, controlar, reducir y mejorar el procedimiento en su elaboración, de esta manera se puede obtener resultados efectivos, eficaces y eficientes, siendo la esencia de la gerencia pública y la política pública de prevenir el daño antijurídico

En el ordenamiento jurídico colombiano el funcionario público no tiene un método ni estructura establecida para elaborar un acto administrativo de carácter particular, revisando se encuentra la técnica normativa que tiene por objeto optimizar los procedimientos para la estructuración, elaboración, consulta pública y revisión de los proyectos de decretos y resoluciones, (DECRETO 1609 DE 2015), esta solo se aplica para los actos administrativos de carácter general.

Esta falta de método y estructura en la elaboración de actos administrativos de carácter particular genera mayor probabilidad de sus riesgos jurídicos; el primero, el riesgo jurídico de corrección, en el C.P.A.C.A contempla el procedimiento para solicitar la corrección de los errores formales, siendo necesario que la administración realice un re-proceso que consiste en determinar si procede o no su corrección, por lo que se vulnera el principio de economía, celeridad y eficacia, el funcionario público debe elaborar un acto administrativo que corrija el error.

El segundo riesgo jurídico del acto administrativo de carácter particular es de ser impugnado ante la jurisdicción, por lo que el legislador creó los medios de control, en la segunda parte del C.P.A.C.A., donde se establece las causales con las cuales se puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativo para demandar un acto administrativo.

El C.P.A.C.A implementa los medios de control como límite la actuación administrativa, ya que permite comprobar que el acto administrativo no esté inmerso en alguna causal de nulidad o se cause un daño antijurídico. Pero demandar un acto administrativo implica mover el aparato jurisdiccional para declarar la anulación o respectiva reparación. Esto debe ser ocasional, los actos administrativos de carácter particular deben ser expedidos con el menor riesgo jurídico de ser demandados ante la jurisdicción o de ser revocados.

Una demanda a una Entidad del Estado Colombiano por un acto administrativo particular genera un gasto adicional para el Estado, porque se destina un rubro para la defensa judicial del mismo, en lugar de usar estos recursos en beneficio de los ciudadanos y la efectiva materialización de sus derechos, siendo el rubro a la salud, educación, medio ambiente entre otros.

La única manera de reducir estos gastos es prever el riesgo jurídico del acto administrativo antes de ser llevado ante la jurisdicción contencioso administrativa, no se puede esperar que se accione el aparato jurisdiccional para que los jueces realicen un estudio jurídico al acto administrativo que determine su validez o si este causa un daño antijurídico, los funcionarios públicos que expiden un acto administrativo de carácter particular deben ser conscientes de las consecuencias y efectos que tiene en el ordenamiento jurídico emitir un acto administrativo.

La entidad que elabora el acto administrativo debe realizar el control de calidad previo a la expedición del acto, primero para tener certeza del contenido y segundo tener una perspectiva de las consecuencias previsibles que este puede causar, de esta manera se genera un control del riesgo jurídico del acto administrativo de carácter particular, lo que evita que el aparato jurisdiccional se active para realizar su control en virtud del principio de economía, celeridad, eficiencia de la administración pública.

EL C.P.A.C.A limita al funcionario público que elabora actos administrativos no expresa cómo elaborarlo o el contenido que debe tener, es una libertad que genera un mayor campo de actuación, lo que promueve una mayor probabilidad del riesgo jurídico por la falta de método y estructura para la elaboración del acto administrativo.

La calidad de la actuación de la administración pública es expedir actos administrativos que tengan como finalidad cumplir los fines del Estado y no causar con sus efectos o consecuencia nocivas, para ello se debe reconocer el riesgo jurídico en su etapa de elaboración, es decir previo a su expedición, para evitar que se materialice.

Mitigar el riesgo jurídico en los actos administrativos de carácter particular que emite la administración pública, permite que la administración evolucione y se pueda enfrentar a los avances de la tecnología, la expedición del decreto 1166 de 2016 referente a las peticiones presentadas verbalmente, se establece de manera puntual que las entidades deben contestar estas peticiones en virtud de la sentencia C- 951 de 2011 de la Corte Constitucional del M.P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ y se ordena que las entidades reglamenten de manera interna su procedimiento para recibir las así como para dar respuesta garantizando un buen funcionamiento.

Cada una de las entidades que componen el Estado Colombiano tiene un amplio campo de actuación para regular la elaboración de los actos administrativos de carácter

particular, la Constitución de 1991 implementa el modelo gerencial a la administración pública, y su desarrollo se crean los principios de la Función Administrativa, el sistema de control, el sistema de desarrollo administrativo, la implementación del sistema de gestión de calidad, el modelo estándar de control interno – MECI, el estatuto anticorrupción, el modelo integrado de planeación y gestión, Los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018 con los cuales se congrega el modelo integrado de planeación y gestión.

14. EL MIPG

Es el modelo de planeación y gestión para el desarrollo de entidades públicas artículo 133 de la ley 1753 de 2015, lo define como el modelo de gestión de calidad que unifica el sistema de desarrollo administrativo y de calidad que han implementado las entidades y el sistema de control de calidad, buscando que las entidades tengan un mejor desempeño institucional, se satisfagan las necesidades y exista un goce efectivo de derechos a partir de la legalidad e integridad.

El MIPG se implementa con entidades que buscan desarrollar 16 política de gestión y desempeño institucional, artículo 2.2.22.2.1 de decreto 1499 de 2017, son: 1. Planeación Institucional, 2. Gestión Presupuestal y eficiencia del gasto público, 3. Talento Humano; 4. Integridad; 5. Transparencia, acceso a la información pública y lucha contra la corrupción; 6. Fortalecimiento organizacional y simplificación de procesos. 7. Servicio al ciudadano; 8. Participación ciudadana en la gestión pública; 9. Racionalización de trámites; 10. Gestión documental; 11. Gobierno Digital, antes Gobierno en Línea; 12. Seguridad Digital; 13. Defensa jurídica; 14. Gestión del conocimiento y la innovación; 15. Control Interno, 16. Seguimiento y evaluación del desempeño institucional.

La finalidad de este modelo de integración es lograr mejorar la administración pública en todos sus aspectos y respecto de su actuación, se obtiene un mejor desempeño con más resultados que satisfagan y permitan el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos, y sus necesidades y problema, deben resolverse con integridad y calidad en el servicio.

Por lo que se crea el Consejo para la Gestión y Desempeño institucional, siendo la única instancia intersectorial del Gobierno Nacional, y seguidamente se configuran los comités técnicos para desarrollo de temas específicos que permitan la implementación del MIPG en los organismo y entidades de orden nacional y territorial de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

El ordenamiento jurídico necesita instrumentos que permitan su implementación a las normas que el legislador expide, no es suficiente con estas, así como la ley 489 de 1998 establece el desarrollo administrativo, es necesario reglamentarlo y adaptarlo en la cotidianidad de los funcionarios públicos, así como el sistema de control interno que contempla la ley 87 de 1993. Se deben generar mecanismos, métodos y procedimientos para lograr materializar los ideales que establece el legislativo en las normas.

La valoración de la gestión de las entidades públicas permite controlar, planear, realizar seguimientos y generar estrategias para mejorar, el MIPG se aplica de lo general a lo particular en tres partes, la primera es en la institucionalidad, ámbito que establece los parámetros de actuación a partir de las reglas y metodologías; la segunda es implementación de la primera con la operación; y la tercera es la de medición y valoración de la gestión y desempeño.

Para mejorar la administración pública se debe observar 7 dimensiones como lo plantea el MIPG:

1ª Dimensión: Talento Humano.

Esta es la dimensión más importante, la persona es quien ejecuta y materializa la función pública, se debe garantizar un buen ingreso, desarrollo y buen retiro de la entidad, por lo que se deben implementar diferentes políticas en donde estén cubierta integralmente, en lo personal, laboral, profesional y social; se debe realizar una política de integridad referente a la actuación del funcionario público.

2ª Dimensión: Direccionamiento Estratégico y Planeación.

La entidad establece una ruta estratégica que guía la gestión institucional a corto y mediano plazo, se priorizan los recursos, el talento humano y los procesos de gestión, de esta manera pueden obtener los resultados queridos, y se fortalece la confianza ciudadana y la legitimidad.

3ª Dimensión: Gestión con Valores para Resultados

Esta dimensión busca que la gestión de las entidades tenga resultados en el marco de los valores del servicio público y la integridad a partir de dos perspectivas la primera la adecuada operación de la organización y la segunda es referente a la relación Estado – Ciudadano.

El talento humano de la entidad pública permite que la planeación institucional se concrete en los procesos que se desarrollan a partir de las funciones y competencias que por mandato legal tienen los funcionarios públicos.

Por tanto, en la primera perspectiva, es el fortalecimiento organizacional y simplificación de procesos; más eficiencia en el gasto público; promover el gobierno digital; la seguridad digital; y la defensa jurídica.

En la segunda perspectiva encaminada al ciudadano y al servicio que se le brinda, la racionalización de trámites; la participación ciudadana en la gestión pública, y promover el gobierno digital.

4ª Dimensión Evaluación de Resultados.

Esta dimensión es respecto del seguimiento de la gestión de la entidad y el desempeño que tiene en cuanto a los resultados y metas propuestas en el marco estratégico, teniendo como indicadores los tiempos, los recursos, el servicio, la calidad. Esta dimensión permite que la entidad conozca los avances de la gestión; se identifiquen y mitiguen los riesgos y se determine el cumplimiento de los objetivos y metas, es decir, busca la evaluación de resultados a nivel interno como los resultados obtenidos. El seguimiento permite que las entidades evolucionen y complementen su gestión.

5ª Dimensión: Información y Comunicación.

Dimensión que promueve el flujo de la información interna y externa de la entidad para que la operación pueda realizarse, por lo cual deben existir canales de comunicación acorde con la capacidad organizacional, promoviendo el principio de transparencia y acceso a la información. Esta última permite que se fomente la eficiencia, eficacia, la calidad, la transparencia en la gestión, y se garanticen los derechos.

6ª Dimensión: Gestión del Conocimiento y la Innovación.

Esta dimensión es transversal a las demás, ya que busca promover el conocimiento y la cultura de la innovación, que permite que los servidores públicos tengan iniciativas de gestión para mejorar los productos y servicios, partiendo de la accesibilidad a la información.

Esta dimensión permite que la entidad aprenda de sí mismo y de su entorno, los servidores públicos deben compartir el conocimiento y tener la iniciativa de acciones de desarrollo.

7ª Dimensión: Control Interno.

Dimensión que se encarga del control y gestión del riesgo, y los mecanismos para la prevención y evaluación; el control interno asegura que las anteriores dimensiones cumplan su propósito. A partir del Modelo Estándar de Control Interno – MECI- que evoluciono y se alineó con el Modelo COSO. Que se fundamenta en la asignación de responsabilidades y roles para la gestión de riesgo y el control en diferentes líneas de acción, ya que el control interno no solo puede recaer en una determinada dependencia.

Estas siete dimensiones se desarrollan respecto de la gestión de las entidades y organismos públicos, para lograr los resultados que cumplen con los fines del Estado y que se encuentran establecido en los Planes de Desarrollo. El MIPG es un marco de referencia que debe ser tomado por toda la rama ejecutiva para obtener de manera satisfactoria los resultados y de esta manera los ciudadanos puedan tener un goce efectivo de los derechos bajo los parámetros de legalidad e integridad.

Para obtener una buena administración pública en el Estado Colombiano, la función administrativa es el trabajo que se obtiene a través de otros, por tal motivo, el MIPG primero se fija en el talento humano, son esenciales para que esta funcione, pero toda actuación tiene un riesgo que puede ser previsible siempre que este se reconozca previamente.

Para lograr los fines del Estado es necesario que todo riesgo que limite la buena administración pública se mitigue o reduzca, es la manera con la cual se aumenta la probabilidad de cumplir los fines y las metas, y exista mayor confianza y seguridad en el ciudadano con el Estado, y disminuye las demandas contra el Estado.

El MIPG desarrolla en su tercera dimensión la política pública de defensa del estado, por lo que se busca materializar la política pública de la prevención de daño antijurídico, buscando que los recursos del Estado se trasladaron a otros sectores que eran carentes de estos.

15. POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DE DAÑO ANTIJURÍDICO.

El ordenamiento jurídico colombiano tiene la política pública de prevención del daño antijurídico en la cual se busca reducir el daño antijurídico y mejorar la defensa judicial del Estado, debido al alto número de demandas contra el Estado que causan el detrimento al patrimonio por lo cual se busca reducir su causación.

La finalidad de reducir las condenas a las Autoridades públicas que componen el Estado, incentiva la creación de la Agencia Nacional De Defensa Jurídica del Estado, quien ha elaborado la GUÍA PARA LA GENERACIÓN DE POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO, Marzo 2013., de manera posterior se estableció el MANUAL PARA LA ELABORACIÓN DE POLÍTICAS DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO, Junio de 2014., por último se ha publicado el PASO A PASO PARA LA

ELABORACIÓN DE UNA POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO. Mayo de 2016.

Estos instrumentos permiten que las autoridades implementen políticas de prevención del daño antijurídico, a partir de las demandas que están en curso contra la misma autoridad y sobre las cuales hay una mayor reiteración.

En esta guía indica de manera puntual la forma en la cual se recolectan los datos litigiosos de la entidad, para establecer la causa por la cual son demandadas reiteradamente las entidades, es decir realiza el estudio cuando hay un presunto daño antijurídico o cuando se ha iniciado la actividad litigiosa con una demanda.

Los pasos para elaborar una Política de Prevención del Daño Antijurídico se componen de cuatro pasos a partir de las condenas y demandas que tiene una entidad: Paso Uno: identificar la actividad litigiosa o identificar los riesgos; Paso Dos: analizar las causas primarias o sub-causas; Paso Tres: elaborar el plan de acción; Paso cuatro: efectuar seguimiento y la evaluación.

Con esta metodología se desarrolla el estudio de las causas por las cuales se genera el daño antijurídico, es decir posterior, cuando ya inicia actividad litigiosa contra la entidad – demandada o hay una sentencia condenatoria en contra de la entidad. Por tanto, las autoridades no están evaluando el acto de la administración previo a que cause un daño antijurídico, si no cuando este se ha causado.

La finalidad de los actos administrativos es modificar las situaciones jurídicas particulares que producen efectos jurídicos positivos, este es el ideal de la administración; y los efectos negativos son el riesgo jurídico que se le atribuye al acto, por ello si la autoridad

pública en su funcionamiento realiza la revisión previa de sus actuaciones, esto generaría una variación en el acto administrativo final que se expide, pública y notifica.

De acuerdo con la teoría de la administración de la calidad, primero, se debe dar respuesta ¿por qué sucede el problema reiteradamente?; y un segundo punto es buscar la solución del problema que produce las dificultades y las que impiden cumplir el fin de la autoridad.

Con la metodología que implementa a ANDJE de prevención del daño antijurídico, se determinan los hechos por los cuales reiteradamente se demanda a la entidad pública, de manera posterior se debe terminar si las reclamaciones se pueden prevenir por la misma autoridad.

En el anexo 2 del el MANUAL PARA LA ELABORACIÓN DE POLÍTICAS DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO, junio de 2014., se indica de manera clara los hechos por los cuales se demanda a la entidad en materia contenciosa, indicando de manera clara el medio de control y los temas sobre los cuales se incurren las demandas.

El acto administrativo puede ser demandado por el Medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento de derecho, en donde se ha explorado las diferentes temáticas por las cuales se en causa la demanda. En cuanto a la reparación directa no se contempla el hecho de incoar ese medio de control contra el acto administrativo de carácter particular que es legal, y del cual no se duda del principio de legalidad.

En esta metodología busca determinar los hechos que se puede prevenir en la entidad a futuro, a través de las medidas, propuestas o estrategias que considere la entidad para corregir el problema.

En el caso puntual de los actos administrativos de carácter particular los hechos que se pueden prevenir en la entidad, es la clara identificación del riesgo jurídico, en la etapa de elaboración por parte de un funcionario público quien conoce el procedimiento para que sea conforme al ordenamiento jurídico, pero debe tener un valor agregado y es la calidad que implica que se reduce la realización del riesgo jurídico.

Como se planteó en el capítulo anterior hay tres tipos de riesgo jurídico de corrección, de impugnación por nulidad o inconstitucionalidad y del producir un daño antijurídico, si el funcionario público en la fase de elaboración del acto administrativo identifica los riesgos jurídicos, por tanto la probabilidad que se materialice se reduzcan, con este procedimiento se generaría una administración de calidad, que es la evolución de la administración pública para que los administrados tengan una satisfacción del servicio brindado por la Autoridad Pública.

La cultura de calidad no es una noción de implementarse en los procedimientos de la entidad administrativa, esta debe ser transversal en la cual todos los sujetos implicados en el desarrollo de la actividad tengan la intención de realizar una actuación de calidad, como es el caso de la elaboración de actos administrativos.

Es fundamental que el riesgo jurídico como herramienta para prevenir el daño antijurídico este en el procedimiento de elaboración del acto administrativo en donde el funcionario público lo identifique y controle su realización; por tanto, se puede implementar una planeación estratégica en donde el procedimiento de elaboración de actos administrativos debe implementar la identificación de riesgo y control de este.

En el caso de las resoluciones que concreta los actos administrativos de carácter particular, durante el proceso de elaboración tenga dos puntos importantes establecer si hay

riesgos jurídicos y realizar el estudio de los impactos que puede tener el acto administrativo en cada una de las áreas en las cuales se desarrolla.

Un claro ejemplo son los casos que un acto administrativo establezca la revocatoria de un acto administrativo que es ilegal o no le conviene al ordenamiento jurídico, debe haber un del estudio de impacto de revocar el primer acto, ya que este tiene una vigencia en el ordenamiento jurídico y con él se generaron los efectos jurídicos a un particular.

Pero no hay un procedimiento establecido para elaborar actos administrativos de carácter particular que tengan la finalidad de revocar un acto administrativo, por lo que el funcionario público puede elaborarlo como considere más adecuado, en donde puede o no contemplar los impactos del acto administrativo, la única finalidad que hay es elaborar un acto administrativo de carácter particular que resuelva una revocatoria, su contenido y estructura queda al margen de los lineamientos generales que tiene el ordenamiento jurídico respecto de lo que es acto administrativo y los elementos, atributos y características.

16. MANUALES Y METODOLOGÍAS EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

A pesar de que la Constitución Política de 1991 no establece de manera expresa una administración gerencial, su estructura se enfoca a al cambio de cultura en la administración, en el Estado Social de Derecho se busca tener organismos y entidades públicas competentes e innovadores, que se enfoquen en mejorar la calidad de vida del ciudadano.

La cultura del cambio, buscando una buena administración pública, como lo planeta el MIPG, iniciando por el talento humano quien es el ejecutor de la actuación administrativa, la constitución no es suficiente para que los funcionarios públicos puedan

actuar, se debe desarrollar lineamientos de lo general a lo particular – concreto, es decir, los lineamientos de la Constitución Política de 1991 deben ser desarrollados en leyes, que a su vez se reglamentan en decretos, resoluciones, estos a su vez puede promover modelos, metodologías que son la guía de actuación.

Los Manuales son una herramienta para el funcionamiento de la administración pública, elaborarlos permiten que el funcionario público tenga un campo de acción en el cual, identifica las funciones que debe realizar, identifica el producto, servicio o bien que va a brindar, identifica a su cliente y sus necesidades y se establece los estándares de actuación y ejecución.

Para promover la calidad en la administración pública es necesario que el funcionario público este orientado, y dado que el ordenamiento jurídico de la regulación en cuanto a la elaboración de actos administrativos de carácter particular, se puede plantear una metodología de elaboración en la cual el funcionario tenga un guía de para elaborar el acto administrativo como un método y estructura que garantice mayor calidad en la actuación.

El ordenamiento se ha dado cuenta que necesario los manuales, guías, paso a paso, como se evidencia en con el decreto 1510 de 2010 en su artículo 160, crear el manual de contratación pública, y como lo plantea la ADJNE con los manuales para implementar la política pública de prevención del daño antijuridico en cada una de la entidades y organizaciones del Estado Colombiano.

16.1 METODOLOGÍA PARA ELABORAR UN ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER PARTICULAR.

Para hacer el riesgo jurídico una herramienta útil para los funcionarios debe usar la técnica normativa que implementó el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, que establece la etapa previa o de elaboración de un acto administrativo en la cual se debe identificar el riesgo jurídico del acto administrativo por medio del estudio de impacto jurídico, económico, presupuestal y ambiental.

Esta información se consolida en la memoria de verificación y justificación del acto administrativo, donde los funcionarios públicos deberían indicar de manera concreta el contenido del acto administrativo que se elabora los riesgos jurídicos que se consolida con el estudio de los impactos que tiene expedir el acto administrativo.

Se debe establecer que la memoria justificativa no debe ser un simple requisito o papeleo para expedir el acto administrativo, para que el riesgo jurídico se tenga en cuenta es necesario que el proceso de elaboración de actos administrativos se implemente la fase de revisión previa y control de calidad, en la que un funcionario público diferente a quien elaboró el acto revisen la memoria justificativa, verificando la coherencia del acto administrativo, el riesgo jurídico y los impactos que este puede tener. Por tanto, en la elaboración de los actos administrativos de carácter particular debe haber cinco etapas:

PRIMER ETAPA: ELABORACIÓN
<p>En esta etapa debe tenerse el antecedente o el expediente con el cual se fundamenta la decisión de la administración en elaborar un acto administrativo, en esta etapa se realiza se define:</p> <ul style="list-style-type: none">El propósito del acto administrativoEl destinatario.El estudio de impacto, en donde debe establecer de manera clara que puede obtenerse con el acto administrativo y se aclara de manera precisa los objetivos de la propuesta.

En el impacto jurídico, debe revisarse las normas actuales que regulan la materia, se debe revisar la seguridad jurídica, estudiando las consecuencias o efectos jurídicos que le produce el acto administrativo al particular, y por último se establece si el acto administrativo es idóneo para lograr el cometido de la administración.

El impacto económico, si el acto administrativo altera la situación jurídica de un particular en cuanto a su ámbito patrimonial, se debe establecer si es un riesgo jurídico de causar un daño antijurídico al particular.

El impacto presupuestal, este es respecto de la entidad si materializar el acto administrativo implica algún costo, de allí que la administración debe preverlo.

El impacto ambiental, si el acto administrativo afecta el medio ambiente.

Con el estudio del impacto del acto administrativo permite determinar su riesgo jurídico.

SEGUNDA ETAPA: REDACCIÓN

El acto debe tener una estructura y unos parámetros que implementa cada autoridad, debe haber coherencia en el documento es decir tener una redacción clara.

Por tanto, los funcionarios públicos deben estar en actualización y programas de redacción, ortografía y semántica para nutrir las capacidades de redacción y poder emitir documentos de calidad.

TERCER ETAPA: DEL CONTROL DE CALIDAD – REVISIÓN PREVIA

Una vez finalizada la etapa de redacción, en donde el acto administrativo está listo se debe determinar que la redacción sea clara, que la decisión sea coherente, que el estudio de impactos se encuentre en la memoria justificativa y se logre determinar si debe tomarse alguna medida alterna para mitigar el riesgo jurídico del acto. En donde se puede contemplar los tres tipos de riesgos:

Riesgo jurídico de corrección, implica devolver el acto a la etapa de redacción.

Riesgo Jurídico de Impugnación, no es claro los elementos esenciales del acto administrativo y no hay coherencia entre el contenido del acto y la decisión

<p>Riesgo jurídico del producir un daño antijurídico, el impacto que tiene el acto administrativo respecto de las situaciones jurídicas en las que genera efectos jurídicos.</p> <p>Un tercer funcionario, debe realizar la lectura al acto administrativo elaborado en su ámbito formal como de fondo, por tanto, revisará que el acto administrativo tenga coherencia en su contenido.</p> <p>Y desde una perspectiva objetiva evidencie los posibles riesgos jurídicos del acto administrativo.</p>
<p>CUARTO ETAPA: EXPEDICIÓN - PUBLICIDAD</p>
<p>Esta consiste en la publicidad que debe realizar la autoridad, y se debe ver en dos ámbitos, primero es un servicio que debe prestar al administrado, ya que debe hacer públicas las decisiones; y un segundo ámbito, es la garantía que tiene los administrados en un Estado Social de Derecho, la publicidad le da certeza y seguridad jurídica.</p> <p>Se debe verificar la correcta publicidad del acto administrativo para evitar la vulneración de los derechos y garantías constitucionales de los administrados, es decir que la notificación sea correcta.</p>
<p>QUINTA ETAPA DE ARCHIVO</p>
<p>En la entidad debe quedar el expediente que permitió la preparación del acto administrativo, teniendo presente los estudios y todos los documentos anexos que se usaron para fundamentar las decisiones.</p>

El riesgo jurídico es un elemento técnico del acto administrativo y es una herramienta para prevenir el daño antijurídico se identifica en la etapa de control de calidad y revisión previa, en estos dos eventos en que el funcionario público identifica y establece una medida o estrategia mitigar los efectos negativos que puede causar a un particular.

Con esta propuesta de metodología y estructura para elaborar los actos administrativo se permite la evaluación del acto en sí mismo y del funcionamiento interno por parte de los

funcionarios públicos, esta es una acción de mejora constante ya que pone en evidencia las falencias en las cuales se está incurriendo, con ello se genera la unificación de criterios jurídicos que tiene la entidad respecto del contenido y las materias que desarrollan los actos administrativos, de esta manera se puede determinar el error o falla en la elaboración de los actos administrativos de carácter particular que reiteradamente se generan en una entidad.

Un caso de revisión previa y control de calidad se evidencia en las Cámara de Comercio son una entidad sin ánimo de lucro que tiene la facultad de expedir actos administrativos de registro de los documentos que presentan las personas naturales o jurídicas que se encuentran registradas en ellas.

En el procedimiento de elaboración del acto administrativo de registro, consiste en primero recibir el documento; segundo realizar su estudio jurídico; tercero realizar su sustanciación en el registro correspondiente; quinto realizar un control de calidad aleatorio de los actos administrativos, con esta revisión se genera mitigar el riesgo jurídico de corrección o de daño antijurídico, generando la revocatoria del acto administrativo.

Por ejemplo, el nombramiento de los representante legales de una sociedad en la cual el órgano competente para realizarlo es la asamblea general, pero el documento que se recibió es una acta de la junta directiva quien esta realiza la votación para realizar el nombramiento, en el caso que se realice el registro y se expida el acto administrativo, es evidente que hay una falla que implica la revocatoria del mismo acto.

Situación que produce un efecto negativo a quien se le ha dado seguridad jurídica de haber sido nombrado representante legal de una sociedad pero que no lo es por el error que está en el acta de nombramiento.

La certeza y seguridad jurídica que se genera con el acto administrativo de registro y que se evidencia en el momento que el certificado de existencia y representación legal se expide y contiene su nombramiento es responsabilidad de la entidad – cámara de comercio.

Por tanto, si en el proceso de elaboración del acto administrativo y previo a su expedición – publicación hay un funcionario público que realiza el control de calidad del acto administrativo que se va a expedir, quien tiene la función de verificar la información se puede reducir la materialización del riesgo jurídico de causar un daño antijurídico.

La revisión previa y control de calidad permite que la autoridad tener mayor control de sus actos administrativos que expide genera que la función administrativa sea eficaz y con calidad, con el valor agregado de conocer el riesgo de su actuación.

De acuerdo con las finalidades del Estado social de derecho el funcionario público presta un servicio de calidad a los administrados, lo que implica que la actuación administrativa como son la expedición de actos administrativos, siendo el servicio que tiene la administración con las personas cumplan con el principio de legalidad, pero además se deben expedir con fundamento en la gestión y el buen servicio, y con la menor probabilidad de causar un daño antijurídico al reconocer el riesgo jurídico.

CAPÍTULO V.

CONCLUSIONES

El presente documento buscaba resolver y analizar el interrogante sobre, ¿se previene el daño antijurídico al prever el riesgo jurídico del acto administrativo de carácter particular en su etapa de elaboración? Frente a este cuestionamiento se propuso la hipótesis de “establecer que el riesgo jurídico como un elemento técnico y estructural del acto administrativo, para prevenir el daño antijurídico en la gerencia jurídica pública contemporánea”.

A lo largo de la exposición del documento se ha sostenido que es necesario considerar el riesgo jurídico al momento de la elaboración del acto administrativo para mejorar el funcionamiento de la administración y de esta forma reducir el daño antijurídico. De aquí que se considera como una afirmación de la hipótesis, lo que se argumenta puntualmente a continuación.

1. El riesgo es un elemento que se encuentra en todas las actividades del ser humano, este concepto ha evolucionado en las diferentes materias y también ha sido estudiado en las diferentes áreas del derecho, se encuentra en el contrato de seguros, en derecho laboral, y en la actividad que desarrolla la administración pública, este último es el riesgo jurídico.

La actividad de la administración ya sea con hechos, operaciones, contratos, omisiones y actos administrativo de las diferentes autoridades manifiestan la voluntad del Estado y producen efectos jurídicos, positivos o negativos, para los administrados. Por ello, los funcionarios deben tener como meta desarrollar una actuación administrativa de calidad, con la cual se satisfagan las expectativas que tienen administrados a partir de los fines y garantías del Estado Social de Derecho.

El acto administrativo es el principal instrumento con el cual se manifiesta la voluntad del Estado, que se configura con unos elementos, atributos y características, con

los cuales la administración produce efectos en el ordenamiento jurídico, razón por la que en la etapa de elaboración el funcionario público debe identificarlos, sin tener la obligación de enunciarlos expresamente estos deben estar en el texto final acto administrativo.

2. La gerencia jurídica contemporánea promueve la buena administración pública que se consolida con la implementación del Modelo de Integración, Planeación y Gestión, con el cual se consagran siete dimensiones que buscan mejorar la calidad del servicio, bienes y productos que los funcionarios públicos realizan para concretar los fines del Estado Social de Derecho.

Este modelo es la unión del sistema de gestión de calidad, sistema de desarrollo administrativos y sistema de control integro para generar una gestión de valor, en donde los funcionarios públicos desarrollen una actuación con los estándares de calidad establecidos, dando un mejor uso a los recursos que son usados para el funcionamiento de la administración pública. El Estado es visto como una empresa que brinda, bienes, servicios y productos a los ciudadanos, quienes esperan una gestión por parte del funcionario eficiente, transparente y con valor. Este es un modelo integrado genera que la gestión sea más eficiente.

Dentro de este modelo se encuentra la defensa judicial del estado que busca la reducción de demandas contra el Estado y la prevención del daño antijurídico; para el primero ha implementado en el ordenamiento jurídico la técnica normativa que es un instrumento para la elaboración de los actos administrativos de carácter general, Decreto 1609 de 2015 “Por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el título 2 de la parte 1 del libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República”.

Y para el segundo se ha implementado la política pública de prevenir el daño antijurídico, promoviendo una administración de calidad, que busca las causas por las cuales hay una proliferación de demandas contra el Estado, con el estudio de la dogmática del acto administrativo se comprende que el riesgo jurídico es un elemento técnico y estructural que permite distinguir las falencias en las cuales los funcionarios públicos incurren, y permite que la administración tenga mayor conocimiento en los actos que realiza.

3. Los actos administrativos de carácter particular alteran el ordenamiento jurídico con la expedición, publicación y notificación de este, con esta actuación se produce una incertidumbre para los administrados, que se divide en dos, una expectativa positiva, si la actuación de la administración concreta los fines del Estado; y una expectativa negativa cuando se afecta los intereses de los particulares, este último el riesgo jurídico.

Con el estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia se identifican los tres riesgos jurídicos del acto administrativo de carácter particular, el primero es el riesgo jurídico de corrección, que no tiene trascendencia en el ordenamiento jurídico, pero sí implica un desgaste para la autoridad pública que expide el acto, dado que el administrado o la propia autoridad solicita una corrección ortográfica, caligráfica, etc., que no altera el contenido del acto administrativo pero que implica un procedimiento para aclarar el error mecanográfico que tiene el documento.

El segundo, el riesgo jurídico de impugnar actos administrativos ante la jurisdicción, es el evento en el cual el funcionarios públicos elabora un acto contrario al principio de legalidad, por lo cual se encuentra en una causal de nulidad contemplada en el C.P.A.C.A., situación que aumenta las demandas contra la autoridad pública, y genera un desgaste para la administración al defender el acto administrativo en los estrados judiciales, además de las implicaciones económicas que estos procesos judiciales generan al erario público.

El tercero, el riesgo jurídico de causar un daño antijurídico con la expedición de un acto administrativo, de acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado se puede establecer dos hechos que generan que un acto administrativo pueda causar un daño antijurídico.

El primero, es la falla de la administración respecto de la publicidad y notificación, dejando al acto administrativo en el limbo jurídico, a pesar de estar expedido este no tiene vida en el ordenamiento jurídico, por lo que su ejecución anticipada sin tener vigencia en el ordenamiento jurídico genera un daño antijurídico al particular por la indebida notificación.

El segundo, son los casos de revocatoria directa, esta decisión de la administración saca del tráfico jurídico al acto administrativo por su ilegalidad o por la conveniencia jurídica, pero el funcionario público debe tener presente que el acto de revocatoria directa altera las situaciones jurídicas en donde el administrado ya tenía una confianza y seguridad jurídica con el primer acto administrativo que se emitió. Y es allí, donde existe el riesgo y este debe ser conocido por la administración para evitar su materialización.

El funcionario público que elabora un acto administrativo de revocatoria directa, debe ser conscientes que el riesgo jurídico de afectar a una persona al revocar un acto administrativo, a pesar de tener los fundamentos jurídico para ello, es necesario que estando en una sociedad del riesgo, en donde se busca reducir gastos y promover la calidad, se puede afirmar que el riesgo jurídico del acto administrativo es un elemento técnico y estructural que debe estar al momento de su elaboración.

4. Se puede establecer que el riesgo jurídico es un elemento técnico y estructural del acto administrativo por la trascendencia y los efectos jurídicos que éste genera en el ordenamiento jurídico, por ello debe estar presente en la elaboración de cualquier acto administrativo y los funcionarios deben tener conciencia de su existencia.

El riesgo jurídico es un elemento técnico y estructural del acto administrativo debe identificarse previo a su expedición, por ello se plantea una etapa de control de calidad – revisión previa, que previene la materialización del riesgo jurídico del acto administrativo de carácter particular de generar un reproceso en la autoridad pública con una corrección; de ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa por contravenir el principio de legalidad; y de causar un daño antijurídico a un particular.

5. No hay un método ni estructura para elaborar actos administrativos en el ordenamiento jurídico colombiano, esto depende de la autoridad que los emita, la autoridad implementa el procedimiento interno de acuerdo con las funciones, servicios y productos que brinda al administrado.

En el ordenamiento jurídico no existe una técnica normativa que guíe a los funcionarios públicos en la elaboración de actos administrativos de carácter particular, de allí que existan falencias en su elaboración. Teniendo en cuenta las etapas de elaboración que establece la técnica normativa del Decreto 1609 del 10 de agosto de 2015, que son: etapa previa, etapa de redacción, etapa de publicidad, revisión y consulta, etapa de expedición, etapa de consulta.

Como propuesta de innovación se propone la etapa de control de calidad – revisión previa, en la cual se identifica el riesgo jurídico del acto administrativo particular. Esta etapa permite comprender el riesgo jurídico y contempla los efectos positivos y negativos que genera expedirlo, el estudio del destinatario; el estudio normativo que precede el acto, la viabilidad y el impacto (impacto jurídico, económico, social, ambiental) que puede generar la expedición del acto administrativo, siendo estos últimos referentes a los atributos del acto administrativo, los elementos esenciales que son la competencia del funcionario público; la finalidad; el objetivo; la causa; la necesidad.

Al reconocer el riesgo jurídico en la etapa de elaboración de los actos administrativos, se disminuye la probabilidad que el administrado acuda a la acción de reparación de directa, se mitiga o controla la ruptura de las cargas públicas con la expedición de un acto administrativo de carácter particular que alterar la situación jurídica inicial.

Se una metodología con cinco etapas para elaborar un acto administrativo de carácter particular:

Primera Etapa.		
	Asignación al funcionario público - Abogado – quien realiza el estudio jurídico del caso y elabora el acto administrativo.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Estudio de documentos para elaborar el acto administrativo, pruebas allegadas 2. Se identifica a las personas que afecta la expedición del acto administrativo. 3. Se realiza un estudio de impactos lo que se puede obtener.
Segunda Etapa	Redacción	<ol style="list-style-type: none"> 1. Elaboración de acto administrativo particular. 2. Contar con herramientas de ortografía que permita una buena elaboración. 3. Contener los parámetros formales establecidos por la entidad (letra, espacio, membretes, márgenes). 4. Contar con reglas mínimas de redacción.
Tercera Etapa	Asignado a Control de Calidad	<ol style="list-style-type: none"> 1. Revisión previa de fondo y formal del acto administrativo. 2. Cotejar el contenido del acto con los documentos que sustenta la decisión. 3. Se identifica los riesgos jurídicos. <ol style="list-style-type: none"> a. Riesgo jurídico de corrección. b. Riesgo jurídico de ser impugnado

		<p>c. Riesgo jurídico de causar un daño antijurídico.</p> <p>d. En el evento de ser un acto de revocatoria directa –revisar las consecuencias que puede causar al particular que se afecta.</p>
Cuarto Etapa	Expedición y Publicidad	<p>1. Verificar los términos legales para notificarlo por ser un acto administrativo de carácter particular.</p> <p>2. Revisar los mecanismos de actos administrativos</p>
Quinta Etapa		<p>1. Se digitaliza y archiva el expediente y anexos con los cuales se emite el acto administrativo.</p>

En el caso de los actos administrativos de revocatoria, durante su vigencia del acto principal se produjo efectos jurídicos – consolidando situaciones jurídicas que están revocando o modificando, y con las cuales se genera un daño antijurídico que debe ser indemnizado por la autoridad.

Es necesario que los funcionarios públicos que elaboran actos administrativos de carácter particular reconozcan el riesgo jurídico como elemento técnico y estructural del acto administrativo que debe estar presente en su elaboración, es la manera para mejorar los actos administrativos y disminuir la probabilidad de demandas contra el Estado.

Solo cuando se hace conciencia del riesgo jurídico se puede implementar un mecanismo para poder controlarlo y evitar que se materialice, generando con ello que se reduzcan los daños antijurídicos en particulares.

REFERENCIAS

LEYES

- Constitución Política de Colombia 1991.
- Ley 87 de 1993, “por la cual se establece las normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 489 de 1998 “por la cual se establece la organización y funcionamiento de la administración pública”.
- Ley 872 de 2003 “Por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios”.
- Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley [80](#) de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.
- Ley 1437 de 2011 “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo”.
- Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

DIRECTIVA PRESIDENCIAL

- Directiva de la Presidencia de la República N° 10 de 2002

DECRETOS

- Decreto 1677 de 1 de septiembre de 2000. “Por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de la Función Pública”.

- Decreto 1537 de 2001 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 87 de 1993 en cuanto a elementos técnicos y administrativo que fortalezcan el sistema de control interno de las entidades y organismos del Estado”.

- Decreto 4110 de 2004, en el que se configura La Norma Técnica de Calidad en la Gestión Pública NTCG 1000:2004.

- Decreto 1345 del 23 de abril de 2010, “por el cual se establecen directrices de técnica normativa, que debe ser implementada en los ministerios y los departamentos administrativos”.

- Decreto 654 de 28 de diciembre de 2011 "Por el cual se adopta el Modelo de Gerencia Jurídica Pública para las entidades, organismos y órganos de control del Distrito Capital".

- Declaración del Milenio.

- Decreto 1081 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único Del Sector Presidencia de la República”.

- Decreto 1609 del 10 de agosto de 2015, “Por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el título2 de la parte 1

del libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República”.

- Decreto 1499 de 11 de septiembre de 2017, “Por medio del cual se modifica el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, en lo relacionado con el Sistema de Gestión establecido en el artículo 133 de la ley 1753 de 2015”.

CONPES

- CONPES 3107 de 2001.
- CONPES 3250 de 2003
- CONPES 3714 de 2011

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 1995. M.P: Hernando Herrera Vergara.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-334 de 1998. M.P: Antonio Barrera Carbonell
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1189 de 2005. M.P: Humberto Sierra Porto.

- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia c-038 de 2006. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-733 de 2009. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia t-945 de 2009. M.P: Mauricio González Cuervo.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia c-980 de 2010. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia c-089 de 2011. M.P: Luís Ernesto Vargas Silva

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA

- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Bogotá, septiembre 30 de 1983. C.P: Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3178.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, julio 04 de 1984. C.P: Jacobo Pérez Escobar. Radicación Número: 4261.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Bogotá, Octubre 21 de 1999. C.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez. Radicación Número: 10948-11643.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta Bogotá, Febrero 09 de 2001. C.P. Delio Gómez Leyva. Radicación Número: ap-054.

- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, Agosto 01 de 2001. C.P: María Elena Giraldo Gómez. Radicación Número: 08001-23-31-000-1990-3344-01(13344).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, julio 05 de 2002. C.P: Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación Número: 76001-23-25-000-1996-04088-01(7171).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Bogotá, Julio 07 de 2005. C.P: Alier Eduardo Hernández Enriquez. Radicación Número: 25000-23-26-000-2000-00616-01(27842).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Bogotá, Marzo 08 de 2007. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación Número: 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, Abril 14 de 2010. Radicación Número: 25000-23-31-000-1993-09448-01(16432).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, Septiembre 15 de 2013. C.P: Gerardo Arenas Monsalve. Ex. no. 2166-07.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, Bogotá, Febrero 26 de 2014. C.P: Martha Teresa Briceño de Valencia. Radicación Número: 15001-23-31-000-2006-03148-01(19563).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Bogotá, Junio 26 de 2014. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Radicación Número: 13001-23-31-000-1999-10387-01(30964).

- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Bogotá, Octubre 20 de 2014. C.P: Olga Melida Valle de la Hoz. Radicación Número: 25000-23-26-000-1998-01906-01(27136).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Bogotá, Abril 15 de 2015. C.P: Stella Conto Díaz del Castillo. Radicación Número: 13001-23-31-000-2001-00217- 01(34511).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Bogotá, Abril 15 de 2015. C.P: Hernán Andrade Rincón (e). Radicación Número: 52001-23-31-000-2000-00003-01(34254).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, Junio 08 de 2016. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación Número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Bogotá, Agosto 01 de 2016. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación Número: 47001-23-31-000-2003-00961-01(35953).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Bogotá, Agosto 01 de 2016. C.P: Stella Conto Díaz del Castillo. Radicación Número: 20001-23-31-000-2007-00152- 01 (37071).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Bogotá, Marzo 30 de 2017. C.P: Danilo Rojas Betancourth. Radicación Número: 15001-23-31-000-1999-02107-01(41230).

- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Bogotá, Junio 01 de 2017. C.P: Ramiro Pazos Guerrero. Radicación Número: 73001-23-31-000-2011-00416-01(43300).

DOCTRINA

Bibliografía

- Balbín , C. F. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. 1ª Ed. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Barrera Graf, J. (1957). *Tratado de Derecho Mercantil*, Vol. I. México: Editorial Porrúa. S.A.
- Botero Aristizábal, L. F. (2002). *Derechos Colectivos y Actos Administrativos Anulación de un Acto Administrativo en el Trámite de una Acción Popular*. Vol I. Bogotá.
- Bohoyo Castañar, F. (1986). *El Principio de Legalidad Financiera Como Presupuesto de Validez del Acto Administrativo*. Madrid, España Editorial Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.
- Cassagne, Juan. (2013). *EL ACTO ADMINISTRATIVO TEORÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO*. BOGOTÁ: Editorial Temis S.A.
- Cortes Riaño, C. A. (2013). *Cartilla de Seguridad Social y Pensiones 2013*. Bogotá: Legis.

- Chavarro Colpas, R. M. (2013). *INTRODUCCIÓN AL NUEVO PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*. 1ª Ed. Bogotá: Editorial Librería Jurídica Sánchez R Ltda.

- Estrada, M. (2014). *Enciclopedia Jurídica Online*. Obtenido de Concepto de riesgo : http://mexico.leyderecho.org/riesgo/#Definicion_y_Caracteres_de_Riesgo_en_Derecho_Mexicano

- Ishikawa, Kaoru. (1997). *¿Qué es el Control Total de Calidad? La Modalidad Japonesa*. Colombia: Editorial Norma S.A.

- Luhmann, N. (2006). *Sociología del Riesgo*. México: Universidad Iberoamericana A.C.

- LLamas Torres, M. (2012). *PROCEDIMIENTO DE CERTIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DE LA AFIRMATIVA FICTA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 48 PÁRRAFO TERCERO DE LA LEY ADUANERA COMO RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO DEL CONTRIBUYENTE*. México: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Facultad de Derecho Seminario de Derecho Procesal.

- Martín Mateo, R., & Díez Sánchez, J. (2008). *Manual de Derecho Administrativo*. Cizur Menor (Navarra), España: Editorial Aranzadi.

- Merkl, A. (2004). *Teoría General del Derecho Administrativo*. GRANADA, ANDALUCIA, ESPAÑA: COMARES.

- Arboleda Perdomo, E. J. (2012). *Comentarios Al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y De Lo Contencioso Administrativo*. Bogotá - Colombia: Editorial Legis. S.A

- Ossa, G. (1988). *Teoría General del Seguro -Institución* . Bogotá: Editorial Temis.

- Rodríguez Mesa, R. (1997). *Pensiones y Riesgos Profesionales*. Bogotá: Rodríguez-Quito.
- Sánchez Torres, C. A. (2007). *Acto Administrativo Teoría General*. Ed. 3ª. Bogotá: Editorial Legis S.A.
- Sosa Pulido, D. (2006). *ADMINISTRACIÓN POR CALIDAD*. 2nd ed. MÉXICO: Editorial Limusa.
- Younes Moreno, D. (2007). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis.
- Vilar Barrio, J. F. (1997). *Cómo Implantar y Gestionar la Calidad Total*. Madrid: Editorial fundación Confederal.
- UNED. (s,f). *Derecho administravi II*. Obtenido de <http://webs.ulpgc.es/agro/uned/Administrativo-II.pdf>

MANUALES INSTITUCIONALES

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2013). Guía para la generación de políticas de prevención del daño antijurídico. Bogotá: Gairo - Graphos Ltda. Recuperado de https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Guia-generacion-politica-prevencion/Documents/parametros_prevencion_del_dano_v7.pdf
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2014). Manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. Recuperado de https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Guia-generacion-politica-prevencion/Documents/cartilla11_250814.pdf

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2016). Paso a paso para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico (mayo 2016) Bogotá: Recuperado de https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Guia-generacion-politica-prevencion/Documents/paso_paso_modificaciones_2016.pdf

FUENTES VIRTUALES

- Monografías de Juan Mascareñas sobre Finanzas Corporativas. Riesgo Económico y Financiero Universidad Complutense de Madrid. Enero de 2008 ISSN: 1988-1878. Obtenido de <http://www.gacetafinanciera.com/REF.pdf>
- Real Academia Española. (s.f.). *Riesgo*. Obtenido de <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=riesgo>
- Stanford Encyclopedia of Philosophy. (2013). Obtenido de <http://plato.stanford.edu/entries/risk/> revisado el 09 de noviembre de 2013.
- BECK, ULRICH “RETORNO A LA TEORIA DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO” Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles, ISSN 0212-9426, N°. 30, 2000, págs. 9-20. Obtenido de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=266226>
- Ver Colección de tesis Digitales Universidad de las Américas Puebla, de América Loredana Specia Jiménez en “Análisis jurídico de la intermediación del contrato de seguro” 28 de noviembre de 2005. Obtenido de: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/specia_j_al/
- Noé Adolfo Riande Juárez en “la legística, o la automatización de la redacción legislativa”. En memorias del viii congreso de la fiadi celebrado en México,

d.f. en el 2000. México, 10 de marzo de 2013. Obtenido de:
<http://www.legislarbien.com.ar/home.php?s=verA&id=150>

- Guía de buenas prácticas para elaboración y la revisión de normativa con incidencia en la actividad económica de Generalitat de Catalunya. Barcelona, 20 de octubre de 2010. Dolors canals I Ametller, Directora de Calidad Normativa. Pp 29. Obtenido de:
http://presidencia.gencat.cat/web/.content/ambits_actuacio/millora_regulacio_normativa/avaluacio_impacte_normatiu/guia_bones_practiques/guia_bones_practiques_2010_castella.pdf
- Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. URL:
<http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/29/>
- Ver en ANUARIO INTERNACIONAL DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA. URL: <http://www.aifc.com.co/el-anuario.php>

ABREVIATURAS

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado: ANDJE.
- Artículo: Art.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”: C.A.P.C.A.
- CONSEJERO PONENTE: C.P.
- Expediente: Exp.
- MAGISTRADO PONENTE: M.P.