

LA NUEVA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA¹

Carlos Ariel Sánchez Torres

Resumen

Así, la nueva Administración pública, basada en los resultados y la eficiencia, ha generado una transformación del control judicial que, parece asegurarse en una doble vía; de un lado, por la implementación de acciones encaminadas a lograr una eficaz y rápida gestión de la Administración, y por el otro, por el cambio en la filosofía del control aplicada por el juez, la cual se dirige más allá de la verificación del cumplimiento de normas y procedimientos, estos, hacia la verificación de resultados.

Abstrac

Thus, the transformation of judicial control seems to be assured in a double way. One way, in the implementation of actions lead to achieve an effective and quick labor of administration; and in the other way for the change in the philosophy of control applied by the judge, which goes further more of the verification of the fulfillment of rules and procedures, towards the verification of results.

Palabras claves:

¹ Ponencia presentada dentro del “*Homenaje a los 90 años del Consejo de Estado*” realizado en la Universidad del Rosario.

Las funciones estatales han variado sustancialmente desde el Estado-nación de finales de los ochentas hasta la inserción de Colombia en la economía globalizada. En efecto, en el primer modelo de Estado, el propósito básico era formular, organizar y ejecutar políticas macroeconómicas, tasas de interés, oferta de crédito, y aumento de gastos públicos para incrementar el consumo y estimular el crecimiento, a tal punto, que se acrecentó la dimensión del Estado con el fin de estructurar una red de creación, desarrollo, protección y garantía de los derechos sociales y económicos, centrados todos en torno a la educación, vivienda y salud; propulsándose, de esta manera, la intervención del ejecutivo hacia las cuestiones sociales.

Ahora bien, con los procesos de apertura de comienzos de los años noventa, la privatización de entidades del Estado y la desregulación del mercado, el Estado colombiano pasó a ser un ente mediador y arbitro en las relaciones empresa-consumidor, abandonando, así, el modelo de Estado interventor para adoptar el modelo de Estado con economía de libre mercado.

La situación antes descrita se ha visto reflejada en nuestra administración pública la cual ha experimentado un importante proceso de cambio que ha ido de la mano con la nueva definición de las funciones del Estado, el cual, sin dejar de responder por sus obligaciones esenciales, le asigna al mercado

la atención de los derechos de segunda generación o derechos sociales y económicos.

En este orden de ideas, el dilema para el Estado y, por ende, para la administración pública, consiste, entonces, en que a pesar del papel de simple mediador o arbitro que le corresponde, debe garantizar la efectividad de los derechos sociales y económicos, por medio del libre acceso a la salud, vivienda y educación. Así las cosas, el Estado está en la obligación de dirigir y coordinar: “en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad” la libertad de acceso a las condiciones de bienestar que durante décadas brindó, asegurándose, a la vez, de cumplir con los compromisos comerciales que ha adquirido con otras naciones, de garantizar la libre competencia, de no intervenir como agente financiero, y cumplir con los altísimos márgenes de transparencia en la gestión de los recursos públicos y en la toma de las decisiones que proponga para corregir las falencias propias de mercados emergentes.

En esta tarea, el Estado debe inspirarse en cuatro principios básicos: Igualdad de oportunidades –para acceder a los beneficios del libre mercado-; Libertad –para competir, escoger y generar desarrollo; Democracia –para consolidar el proceso legitimador de las decisiones impopulares pero

necesarias, y Equidad –para garantizar el libre mercado pero con equilibrio social-.

Desde esta perspectiva, la redefinición del papel del Estado se suele enmarcar dentro de un esquema particular de administración pública – el ***New Public Management- NPM***². De acuerdo con este enfoque, el Estado debe ser un “*facilitador*” del mercado, para lo cual es necesario sustituir el modelo jerárquico de administración pública por un modelo más flexible en donde los funcionarios cuenten con mayor discrecionalidad para la toma de decisiones.

Lo que analizaremos es el impacto que este cambio en la administración ha tenido sobre el control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, en un estado de derecho como el nuestro, el objeto del control judicial de la administración es el de limitar el poder que ejerce la misma. Dicha limitación se enmarca dentro del principio de legalidad, según el cual, toda actuación de la administración pública debe cumplirse con arreglo a la ley. Así, en lo que se refiere particularmente al H. Consejo de Estado colombiano, éste no solamente ha verificado que la Administración ha dado

² Ver al respecto, por ejemplo, los informes del Banco Mundial para el Desarrollo: “El Estado en un mundo de Cambio” (1997) e “Instituciones para una Economía de Mercado” (2002)

correcta aplicación a las normas, sino que, adicionalmente, ha logrado con éxito, por demás, establecer un equilibrio entre los poderes y prerrogativas que ella tiene y los derechos de los particulares.

En este orden de ideas, nuestro máximo tribunal en lo administrativo ha contado con medios de control, a los cuales denominaremos *clásicos*, para lograr los fines antes mencionados. Dichos medios de control pueden clasificarse en aquellos que persiguen exclusivamente la protección del ordenamiento jurídico, es el caso de la Acción de Nulidad, en otros que, aunque persiguen la protección de dicho ordenamiento, así mismo buscan proteger al titular de un derecho, hablamos de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y de la Acción de Controversias Contractuales. Finalmente, encontramos aquellos medios de control en los que simplemente se busca el reconocimiento de un pretendido derecho que se considera lesionado por un hecho, una omisión de la administración, o una operación administrativa, hacemos referencia en este caso, a la Acción de Reparación Directa.

Así las cosas, dentro del esquema de la organización del Estado burocrático, el control judicial del Consejo de Estado sobre la Administración ha estado mas orientado hacia la verificación de normas y procedimientos que hacia la verificación de los resultados que la administración deba obtener. Sin

embargo, esta situación parece estar en un proceso de transformación, al origen del cual se encuentran los nuevos retos que la economía globalizada le imponen no solamente al Estado sino, además, a lo que tradicionalmente se ha considerado de la influencia estatal. En efecto, como lo señalamos al inicio, desde hace algún tiempo, ya no importa tanto la magnitud del Estado y el ámbito de sus intervenciones sino su eficacia para atender las necesidades de la población. En este orden de ideas, el Estado ha asumido nuevas competencias como promotor y regulador, convirtiéndose más en un facilitador del mercado que en el proveedor exclusivo de bienes y servicios.

Este nuevo papel del Estado al cual acabamos de referirnos, se puede ver reflejado en la Constitución Política de 1991 en dos aspectos concretos. En primer lugar, en la introducción de criterios orientados por el “***new public management***”. En efecto, en el artículo 209 de la Constitución, se establece que en el ejercicio de su función, la administración deberá observar los principios de *igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*. La consagración constitucional de estos principios, parece orientar la estructura de nuestra administración pública, basada en normas, hacía una estructura sustentada en la responsabilidad de los administradores, avalados por los resultados efectivamente obtenidos. Se busca, de esta manera, disminuir los niveles jerárquicos, hacer más flexible la gestión y aumentar la autonomía de los funcionarios públicos. En segundo

lugar, en la creación de una jurisdicción constitucional independiente y la consagración de mecanismos especiales para la protección de los derechos fundamentales.

De esta manera, la nueva orientación de la Administración trae consigo nuevas formas de ejercicio del control judicial, con la incorporación de lo que alguna parte de la doctrina colombiana denomina las acciones constitucionales. Nos referimos, entonces, a las acciones de cumplimiento, populares, y de grupo, por una parte, y a la acción de tutela, por otra parte. Estas acciones son concebidas como instrumentos ágiles, de fácil acceso para los administrados y en una expresión de fácil acceso a la justicia.

Veremos, a continuación, los nuevos retos que le impone a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el ejercicio de un control enmarcado por los principios de la Nueva Administración Pública.

EL NAP Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Si decimos que el control en la nueva administración pública va más orientado hacia el control de los resultados que hacia el control de la legalidad en sí misma, este nuevo control debe contar con los medios idóneos para que pueda ponerse en marcha. Es así como, en el

ordenamiento jurídico colombiano, dos nuevas acciones permitirían esta tarea. Nos referimos concretamente a la acción de cumplimiento y a las acciones populares.

La acción de cumplimiento como medio idóneo para asegurar la gestión de la administración. El artículo 209 de la Constitución Política, como ya lo señalamos anteriormente, establece que la administración en el ejercicio de su función debe actuar eficazmente. En este orden de ideas, el artículo 87 de la Constitución Política de 1991 establece que *toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo* y señala que *en caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido*.

Ahora bien, este claro mandato constitucional fue limitado por la ley³. En efecto, el legislador al reglamentar la materia, determinó que dicha acción no podía perseguir el cumplimiento de normas que establecieran gastos⁴.

Sin embargo, esta limitación ha dado lugar a que el juez administrativo, guardián tradicional del principio de legalidad, realice interpretaciones en las

³ Ley 393 de 1997 “*Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política*”

⁴ Par. Artículo 9º de la Ley 393 de 1997. *La acción regulada en la presente ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.*

que, al confrontar actuaciones de la administración que si bien conformes a determinada norma son totalmente ineficaces, decida darle prevalencia al principio de eficacia y ordenar a la administración que dé cumplimiento a la ley o acto administrativo en cuestión⁵.

Así, la nueva Administración pública, basada en los resultados y la eficiencia, ha generado una transformación del control judicial que, parece asegurarse en una doble vía; de un lado, por la implementación de acciones encaminadas a lograr una eficaz y rápida gestión de la Administración, y por el otro, por el cambio en la filosofía del control aplicada por el juez, la cual se dirige más allá de la verificación del cumplimiento de normas y procedimientos, estos, hacia la verificación de resultados.

Las acciones populares como mecanismo de control de la moralidad administrativa.

⁵En la sentencia ACU-095 de diciembre de 1997 el Consejo de Estado admite, por primera vez, la procedencia de la acción de cumplimiento en los temas de gasto público. En efecto, en esta sentencia el Consejo de Estado declara procedente la acción de cumplimiento para exigir la obligación, a cargo de un ente territorial, consistente en el pago del 15% del sobresueldo que sobre la asignación básica tenían derecho a percibir ciertos profesores. Así mismo, la sentencia ACU-552 de enero 25 de 1999 abre el camino para la correcta interpretación de la excepción contenida en el parágrafo del artículo 9º de la Ley 393 de 1997.

Señalamos anteriormente que el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 se estable que, en el ejercicio de su función, la administración deberá observar el principio de moralidad. Así mismo, el inciso 1º del artículo 87 de la Constitución Política de 1991 establece que *la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica(...)*

En desarrollo del precepto constitucional antes mencionado, el artículo 2º de la Ley 472 de 1998 define las acciones populares como *medios procesales para la protección de derechos e intereses colectivos* y señala que estas se ejercerán *para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos o intereses colectivos, o restituir la cosas a su estado anterior cuando fuese posible.*

El artículo 4º de la citada ley por su parte, nos da una lista indicativa de lo que puede ser considerado como derechos e intereses colectivos. Dentro de estos, señala, entre otros, la moralidad administrativa. Esta es entendida por el Consejo de Estado como *“el desenvolvimiento del servidor público dentro de los auténticos propósitos de servicio público, con toda honestidad y*

desinterés y con absoluto respeto a las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones”⁶

La acción de *moralidad administrativa* debe estar dirigida a buscar un interés general y no un interés particular, aunque el demandante de la acción tenga derecho a recibir un incentivo⁷.

Hemos querido resaltar la acción de moralidad administrativa porque ella constituye un importante avance en la adecuación de los medios de control judicial al nuevo modelo de administración pública que se ha adoptado en Colombia. En efecto, no existe en nuestra tradición jurídica un antecedente similar al de esta acción, en la que el administrado censura el comportamiento del administrador porque no se ajusta a los valores sociales exigidos para el ejercicio de su actividad de servicio público. Vemos, entonces, que el control judicial en materia de acciones de moralidad

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Hernández Enriquez, Bogotá, D.C. 17 de junio de 2001. Radicación número: AP -166

⁷ De conformidad con el Artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en las acciones populares generadas en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

Así mismo, el artículo señala que en las acciones de moralidad administrativa relacionadas con sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

administrativa, se aleja de la concepción clásica de dicho control en la medida que el juez no se limita a verificar si la administración ha cumplido o incumplido una determinada norma.

La acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de segunda generación.

Como lo señalamos al inicio, el Estado, bajo su responsabilidad y vigilancia, asignó la atención de los derechos de segunda generación al mercado. Ejemplo de esta situación es la organización del sistema de seguridad social y la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, al analizar los mecanismos con que cuentan los usuarios para asegurar la gestión rápida y eficaz en la prestación de estos servicios nos encontramos con una dificultad. En efecto, los usuarios no pueden recurrir a la acción de cumplimiento porque generalmente la protección efectiva de dichos derechos involucra gastos. Por esta razón, los usuarios, invocando los principios de subsidiariedad y de conexidad que caracterizan a la acción de tutela, han hecho de ésta el mecanismo común de protección de los derechos de segunda generación, desnaturalizando, de esta forma, el

carácter excepcional de la misma, Así las cosas, la inexistencia de un mecanismo idóneo para garantizar la protección de estos derechos de segunda generación, explica la proliferación de tutelas de las que debe conocer la jurisdicción contencioso-administrativa.

Consideramos, entonces, que corresponde al legislador diseñar el mecanismo de control que permita asegurar la protección de los derechos de segunda generación para que los usuarios no tengan que seguir haciendo uso de la acción de tutela. Sólo de esta manera la acción de tutela podrá recuperar la función que le corresponde en nuestro ordenamiento: ser un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales.