



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Bula Escobar

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Número Único: 11001-03-06-000-2018-00217-00

Radicación interna: 2403

Referencia: Sanciones administrativas en el transporte público terrestre automotor. Decreto 3366 de 2003 y Resolución 10800 de 2003 del Ministerio de Transporte.

La señora Ministra de Transporte, formula a la Sala una consulta en relación con *i)* la reserva de ley en materia sancionatoria para el sector de transporte terrestre, *ii)* la inexistencia de algunas conductas sancionables a nivel legal en dicho sector, *iii)* el alcance de la nulidad declarada por el Consejo de Estado sobre el Decreto Reglamentario 3366 de 2003, *iv)* la legalidad de las sanciones impuestas al amparo de la Resolución 10800 de 2003, y *v)* la posibilidad de revocar de oficio o archivar las actuaciones que se hayan realizado con fundamento en la citada resolución.

I. ANTECEDENTES

La consulta alude a las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, y en relación con esta última, transcribe el artículo 46 sobre el monto de las multas y las infracciones que dan lugar a ellas en el modo de transporte terrestre.

Indicó que en el año 2001 se expidieron los decretos 170 a 176 de ese año, que con base en las Leyes 105 y 336 reglamentaron cada modo de transporte. Por su parte, en el año 2003 se expidió el Decreto Reglamentario 3366 *"Por el cual se establece el régimen de sanciones por infracciones a las normas de transporte público terrestre automotor y se determinan unos procedimientos"*.

Citó el artículo 54 del Decreto 3366, relativo a la facultad concedida al Ministerio de Transporte para reglamentar el *"formato para el informe de infracciones"*, que llevó a la expedición de la Resolución 10800 de 2003. En la parte motiva de dicha resolución, se señaló que su "único propósito" era facilitar a los agentes de control la

identificación de las “infracciones que habían sido tipificadas en el Decreto 3366 de 2003”, y agrega que para efectos de esta consulta son relevantes los “artículos segundo y cuarto”.

El ministerio relató que sobre múltiples artículos del Decreto 3366 se presentó demanda de nulidad (radicación 2008 – 00098), proceso en el cual se decretó la suspensión provisional de las normas demandadas. Posteriormente se elevó demanda contra el artículo 41 del citado decreto (radicación 2008 – 00107).

Los aludidos procesos fueron acumulados y el Consejo de Estado, Sección Primera, emitió sentencia el 19 de mayo de 2016, en la que declaró la nulidad de las normas demandadas, puesto que se “excedió la potestad reglamentaria” en la medida en que la ley “no ha tipificado o descrito las conductas consagradas como sancionables”. Agrega que el 5 de febrero de 2018 se presentó demanda de nulidad contra la Resolución 10800 de 2003 (radicación 2018 – 00028).

Concluye el ministerio con la afirmación de que los agentes de control están identificando en el formato adoptado por la Resolución 10800 de 2003, con los códigos allí señalados, las conductas infractoras que corresponden al Decreto 3366 de 2003 y que la Superintendencia de Puertos y Transporte está investigando y sancionando empresas de transporte, a partir de esos informes de los agentes de control”.

Con base en las anteriores consideraciones, la señora Ministra de Transporte formula las siguientes

PREGUNTAS:

- 1. ¿La reserva de ley en materia sancionatoria para el sector de transporte terrestre, puede contener “tipos en blanco o abiertos”, los cuales necesariamente tendrían que completarse solo con normas de rango legal?*
- 2. ¿En Colombia, el régimen sancionatorio en materia de transporte terrestre está sujeto a reserva de ley?*
- 3. ¿La nulidad declarada por el Consejo de Estado sobre el Decreto 3366 de 2003, tiene como consecuencia que en este momento no existen normas de rango legal en materia de transporte terrestre público (Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996), que tipifiquen las conductas sancionables?*
- 4. ¿En la medida que la causa de la Resolución 10800 de 2003, según se desprende de la motivación de la misma, es que los agentes de control*

identifiquen las conductas previstas en el Decreto 3366 de 1996, eso implica que los agentes de control están identificando conductas anuladas?

5. ¿En La medida que algunas investigaciones administrativas de la Superintendencia de Puertos y Transporte se fundamentan en esos informes de los agentes de control, éstas podrían estar viciadas por haber sido iniciadas por la supuesta infracción de una conducta, cuyo fundamento fue anulado?

6. ¿Es posible que la Superintendencia de Puertos y Transporte revoque de oficio, o archive, según el caso, las actuaciones que se hayan iniciado con fundamento en los informes de los agentes de control al amparo de la Resolución 10800 de 2003 y del Decreto 3366 de 2003?

7. ¿Es posible que la Superintendencia de Puertos y Transporte revoque de oficio las decisiones que se hayan tomado con fundamento en los informes de los agentes de control al amparo de la Resolución 10800 de 2003 y del Decreto 3366 de 2003, con posterioridad del término de un (1) año previsto en el artículo 52 de la ley 1437 de 2011?

II. CONSIDERACIONES

Advertencia preliminar

Tal como se anuncia en la consulta, actualmente se tramita ante el Consejo de Estado, Sección Primera, demanda de nulidad contra la Resolución 10800 de 2003 bajo la radicación 2018 – 00028, actuación en la que figura como demandado el Ministerio de Transporte.

Conforme a lo relatado, la Sala revisó el Sistema de Gestión Siglo XXI de la Rama Judicial y constató que en dicho proceso se solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de la Resolución 10800 de 2003, petición que está al despacho del Consejero Ponente para decidir.

En cuanto a los procesos judiciales en curso, la Sala tiene establecido que no es procedente pronunciarse cuando la consulta tenga como objeto asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexas a la que se esté debatiendo en un proceso judicial.

La función consultiva asignada a esta Corporación en el numeral 3 del artículo 237 de la C.P., constituye una herramienta constitucional de colaboración interinstitucional, orientada a que el Gobierno Nacional pueda contar con un criterio jurídico objetivo e independiente para el mejor cumplimiento de las tareas

administrativas a su cargo. En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con base en el ordenamiento vigente, conceptúa jurídicamente sobre asuntos o materias administrativas que el Gobierno debe resolver dentro de su autonomía para la buena marcha de la Administración.

En efecto, cuando el objeto o aspectos de la consulta están siendo debatidos en sede judicial -y en el presente caso el proceso no ha finalizado, se encuentra apenas en su fase inicial-, la Sala tiene como norma general abstenerse de pronunciarse para no interferir en la función judicial que le compete privativamente a otros órganos, de acuerdo con la Constitución y la Ley. En esa medida, la Sala se referirá de manera general a los temas objeto de consulta sin aludir de forma particular a los aspectos que son objeto del proceso judicial, los cuales, por las razones anotadas, no son asuntos susceptibles de absolver por vía de la función consultiva, pues no es de su competencia determinar si en un caso concreto y particular un acto administrativo desconoce las normas superiores a las que debe sujetarse.

A. Planteamiento de la consulta y metodología para su solución

Del contexto fáctico de la consulta y de las preguntas formuladas, se extraen las siguientes temáticas que la Sala abordará para resolverla: *i)* principio de legalidad de las faltas y las sanciones en materia administrativa sancionatoria; *ii)* infracciones administrativas en el modo de transporte público terrestre automotor previstas en las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996; *iii)* efectos en el tiempo de la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo general. El caso de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, del 19 de mayo de 2016; *iv)* pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos. La Resolución 10800 de 2003; *v)* revocatoria directa de los actos administrativos, y *vi)* competencia *ratio temporis* para resolver los recursos en sede administrativa contra actos sancionatorios, prevista en el artículo 52 del CPACA.

B. Principio de legalidad de las faltas y las sanciones en materia administrativa sancionatoria

1. El “Estado regulador” y las sanciones administrativas

El cambio de paradigma de un Estado de Derecho a un Estado social de Derecho consagrado en la Constitución de 1991, vino acompañado¹ de un nuevo enfoque

¹ Este cambio es evidente aun cuando la presencia de normas de contenido social en la Constitución anterior ha sido utilizada para sostener lo contrario: que el Estado social de Derecho no es una novedad aparejada a la Constitución de 1991. De otro lado debe reconocerse que los desarrollos de la nueva Constitución han configurado un giro de señalada importancia: del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho. Todo lo anterior es dicho sin perjuicio del generalizado reconocimiento del carácter transaccional del articulado constitucional, que puede ser

respecto de lo que tradicionalmente se ha conocido como “*intervención del Estado en la economía*”. Doctrinalmente² se ha sostenido que este cambio en materia de intervención llevó a que el Estado ya no fuera el prestador directo de los servicios públicos, sino su regulador (art. 365, CP), lo que implicó que la Administración, en principio, dejara de asumir actividades que podían ser desarrolladas de manera eficiente y ventajosa por el sector privado. Al instaurarse el monopolio estatal como excepcional (art. 336 CP) y permitirse a los particulares colaborar con el cumplimiento de funciones que antes eran privativas del Estado, desde los conceptos de economía de mercado y competencia, se acogió en Colombia el modelo de “Estado regulador”³.

Según análisis realizado por la Sala en el concepto 2236 de 2016, la Constitución Política de 1991 estableció que: i) los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y este debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, de conformidad con el régimen legal correspondiente; ii) los servicios públicos podrán suministrarse por el Estado de manera directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares, y iii) en cualquier caso *la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios se adelantará por parte del Estado* (art. 365, CP).

1.1. Noción de regulación

Las acepciones del término “*regular*” que trae el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española –RAE– no entrañan polisemia señalada. Las que se refieren a sus formas adverbiales o de adjetivo, desarrollan los verbos rectores (salvo la que alude a un desempeño mediocre). Lo propio ocurre con el nombre regulación: “Acción y efecto de regular”. Así, bastará con observar la primera acepción, referida al verbo *regular*, para poner de presente que solo una de sus acepciones verbales remite a la producción de normas. En efecto:

“Regular

Del lat. tardío *regulāre* 'determinar las reglas o normas'.

1. tr. Medir, ajustar o computar algo por comparación o deducción.
2. tr. Ajustar, reglar o poner en orden algo. Regular el tráfico.
3. tr. Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines.
4. tr. Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo.

observado como ecléctico y explicar en consecuencia la coexistencia de los mencionados paradigmas con el del Estado regulador.

² Bula Escobar, Germán, *La Creación de las Agencias en la Estructura de la Administración Pública Colombiana y su relación con las Autoridades de Regulación en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*, en *El Ecosistema Digital y las Autoridades de Regulación en los Sectores Audiovisual y TIC*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

³ Jordana, Jacint y Levi-Faur, David, *¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericano?* La difusión de Agencias Reguladoras Autónomas por países y sectores, en documentos SIDOB, serie América Latina, núm. 7, Barcelona, SIDOB, 2005.

5. tr. Econ. reajustar (II aumentar o disminuir coyunturalmente). Regular las tarifas, los gastos, la plantilla de empleados⁴.

Puede notarse con facilidad que la tercera acepción -“*Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines*”- opera sobre las demás, en el sentido de que *regular* es una acción esencialmente teleológica y que suele abordarse como heterocontrol. Así, si un sistema es auto regulado se dirá que “*no necesita*” regulación, cuando es lo cierto que la posee intrínsecamente. Es harto conocido que el mercado –su “mano invisible”- no alcanza a arrojar el resultado deseado en una democracia mínimamente “social”. De ahí la necesidad de hetero regulación.

La cibernética se ocupa de la regulación en un sentido amplio. Normalmente se supone que el sistema por regular deber ser intrínsecamente más complejo que el regulador, ya que en caso contrario no se necesitaría la hetero regulación, o esta sería irrita. La llamada “*ley de Ashby*” o “*Ley de variedad requerida*” plantea la necesidad de que el regulador de un sistema sea capaz de absorber toda la complejidad que el sistema puede generar. Suele expresarse como “solo variedad ‘mata’ variedad”, vale decir que el regulador debe alcanzar o igualar al menos la variedad del sistema por regular. Así, se impone el uso de amplificadores y atenuadores de variedad en procura de la igualación mencionada. Entre estos mecanismos de regulación se encuentran las normas de regulación, que juegan el rol de atenuadores de variedad en la medida en que acotan las posibilidades de variación del sistema (i.e. su complejidad)⁵.

Bajo el anterior contexto, la regulación⁶ desborda la simple acepción de “producción” de normas jurídicas, por lo que, en un plano específico, debe estudiarse como forma de intervención del Estado en los sectores económicos⁷. En este último ámbito,

⁴ Real Academia Española. Disponible: <http://dle.rae.es/?id=VkMYOa2|VkMn9cm>. Consultado: 14 de febrero de 2019.

⁵ Bula Escobar, Germán, *El principio de imparcialidad administrativa en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: déficit en su aplicación en materia sancionatoria*.

⁶ Sobre la noción de regulación y las competencias administrativas en la materia puede consultarse: González López, Edgar. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes*. Tesis Doctoral. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

⁷ “En un sentido mucho más estricto, la regulación socioeconómica dice relación con aquella intervención que realiza el Estado a través de autoridades específicamente concebidas para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los actores que intervienen en una actividad socioeconómica determinada, tal como acontece por ejemplo con la intervención que realiza el Estado en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la cual responde a ciertos criterios técnicos y a las especificidades inherentes a su prestación y a su propia dinámica. En ese orden de ideas, la actividad sujeta a regulación reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado mismo en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está involucrado el disfrute efectivo de los derechos fundamentales e individuales y donde se impone la adopción de medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado [...]. Como bien se puede apreciar, bajo esta perspectiva el vocablo

como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 2291 de 2016, con la regulación se busca corregir las fallas del mercado, alcanzar los fines del Estado, materializar los principios sociales, garantizar la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos y maximizar el bienestar de los usuarios. También incluye la potestad de imponer sanciones administrativas a quienes infrinjan la regulación⁸. Sobre este último aspecto, la Corte Constitucional en sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003, sostuvo:

“Por eso, se ha dicho que: ‘[l]a noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, incluye necesariamente varios elementos: La regulación supone la **imposición de un marco normativo** a ciertas actividades, con el fin de que estas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general. Este marco normativo está compuesto de decisiones con **efectos generales**, las cuales constituyen las reglas de juego, cuya **aplicación** puede ser objeto de controles y controversias que den lugar a decisiones con efectos individuales, por ejemplo, a **sanciones**. Así mismo, **diferentes autoridades administrativas** independientes pueden detentar las **funciones** descritas anteriormente, es decir, la creación de la norma, su aplicación y la eventual represión de las infracciones’”. (Se resalta).

Como se aprecia, es nota distintiva del modelo “Estado Regulador” la noción de regulación económica, actividad que está sujeta al marco jurídico especial fijado por la ley que comprende, al menos, las siguientes actividades:

- i)* establecer reglas que aseguren un equilibrio del mercado y protejan los derechos de los usuarios. De esta manera, “*el Estado no es un actor sino un árbitro del juego económico, limitándose a establecer las reglas de los operadores y esforzándose por armonizar sus acciones*”⁹ a través de incentivos (regulación tarifaria, subsidios), mecanismos de mercado, entre otros;
- ii)* resolver conflictos entre los partícipes del mercado regulado;
- iii)* supervisar la aplicación de tales reglas mediante controles, manejo de información, etc.;

‘regulación’ adquiere entonces una connotación mucho más dilatada y omnicomprensiva que desborda el mero concepto de ‘producción normativa’, para abarcar o comprender también, con mayor amplitud, la intervención orientada a corregir las ‘fallas del mercado’, categoría de la cual forman parte los actos de competencia desleal, las prácticas restrictivas de la libre competencia, los abusos de la posición dominante y el establecimiento de monopolios”. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 11001-03-24-000- 2004-00123-01 de 30 de abril de 2009.

⁸ “La regulación impone este compromiso a los operadores que están dentro del mercado a través de medios jurídicos”. Gérard Marcou, Introducción, en *Derecho de la Regulación, los servicios públicos y la integración regional* (Gérard Marcou y Franck Moderne, dirs.), Tomo II, Editorial Universidad del Rosario, L’Harmattan, 2011, p. 18.

⁹ Chevallier, Jacques (2004). *L’État post-moderne*, segunda edición, París, LGDJ, P. 58.

iv) imponer sanciones para asegurar el cumplimiento de la regulación.

Esta intervención conlleva en la práctica nuevas formas de actuación administrativa (*actividades de regulación*), las que a su vez implican cambios en la realidad sistémica que conforma la estructura estatal; en particular, involucra a autoridades administrativas especializadas (*regulación desde la perspectiva de la organización*) encargadas de cumplir tal función en el sector económico intervenido.

En consecuencia en el modelo "Estado regulador", se produce un incremento exponencial de la función administrativa al servicio de los intereses generales bajo unos principios propios (art. 209 CP), lo que conlleva a que el marco normativo regulatorio (carácter general), dote a la Administración de herramientas necesarias para hacerlas cumplir, incluso con potestades para imponer sanciones de naturaleza administrativa (decisiones con efectos particulares). Lo anterior sin abandonar las tradicionales funciones de inspección, vigilancia y control, cuyo marco se amplió de manera considerable por la Constitución Política de 1991 (arts. 67, 80, 150-8, 189-21, 22, 24-26, 265, 333-335, 365, 370 y 372, entre otros).

Así, la actividad de regulación y la sancionatoria se dan en el plano de la función administrativa y, por lo mismo, deben observar los principios constitucionales previstos en el artículo 209 CP.

El nuevo enfoque propuesto por la Sala respecto de lo que tradicionalmente se ha conocido como "*intervención del Estado en la economía*"¹⁰, ha sido compartido recientemente por la Corte Constitucional, en el aspecto central de este concepto, vale decir la potestad sancionadora de la Administración. Así lo sostuvo en la sentencia C – 092 de 2018:

"3. La Intervención del Estado en la Economía - Facultad Sancionadora

3.1. (...) la intervención estatal lejos de ser una característica de una economía planeada o centralizada, se justifica para permitir que el mercado funcione,

¹⁰ Ejemplo del criterio tradicional que en su momento siguió la Corte Constitucional en la materia se encuentra en la sentencia C-506 de 2002:

"Dentro de las manifestaciones del poder sancionatorio en el Estado Social de Derecho, aparece la potestad sancionadora en materia administrativa al lado de la potestad sancionadora en materia penal. El reconocimiento de la primera, que ha sido posterior en el tiempo, ha venido aparejado con el incremento de las actividades administrativas, el cual a su vez se ha producido por el cambio en la concepción del papel del Estado contemporáneo. Si en sus inicios el Estado constitucional liberal se justificaba como garante de los derechos y libertades individuales, pero sin ningún compromiso con la verdadera promoción de los mismos, el Estado social de Derecho se concibe como el promotor de toda la dinámica social hacia la efectividad de tales derechos y garantías. A estos efectos, el Estado ha sido llamado al cumplimiento de nuevas actividades y al ejercicio de funciones como las de planeación e intervención de la economía, la redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente, etc."

regulándolo en aquellos aspectos en los que no es capaz de maximizar los beneficios para los consumidores, bien por la existencia de fallas estructurales o debido a posiciones dominantes. En esas circunstancias, uno de los elementos que definen la capacidad de intervención del Estado en la economía es la facultad sancionadora. Al ejercerla, la administración opera en la doble perspectiva de castigar las conductas que afectan a los consumidores, al mismo tiempo que desincentiva la ocurrencia de hechos similares a los que dieron lugar a la sanción. Por eso la intervención en la economía es tanto una facultad reglada del Estado como una obligación que debe desplegarse para evitar una afectación del interés colectivo materializada en una pérdida de derechos de los consumidores.

En ese orden de consideraciones, la facultad sancionadora de una superintendencia, cuando hace parte de sus funciones de inspección, vigilancia y control de un sector particular de la economía, es constitucionalmente legítima". (Subraya la Sala).

Corresponde establecer, entonces, el alcance de la potestad sancionadora de la Administración en el contexto del "Estado regulador".

1.2. La potestad sancionadora de la administración en el "Estado Regulador"

La potestad fue definida por Santi Romano como:

"[...] el poder jurídico para imponer decisiones a otros para el cumplimiento de un fin. La potestad entraña, así, un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado o medido para una finalidad predeterminada por la propia norma que la atribuye, y susceptible de control por los tribunales. La potestad no supone, en ningún caso, un poder de acción libre, según la voluntad de quien lo ejerce, sino un poder limitado y controlable. Dentro de las potestades, las de la Administración Pública son potestades-función, que se caracterizan por ejercerse en interés de 'otro', esto es, no de quien la ejerce, sino del interés público o general."¹¹

En Colombia, el artículo 29 CP establece tanto la potestad sancionadora como el límite a la misma. En efecto, reconoce la existencia de un poder jurídico para imponer sanciones (*ius puniendi*) pero sometido al debido proceso que se aplica a toda clase de actuaciones administrativas¹². Se enmarca entonces en el Derecho Administrativo bajo su primigenia acepción de establecer un límite a la Administración en su calidad de sujeto activo de la potestad sancionadora. En otras palabras el mencionado artículo "constitucionalizó" la potestad sancionadora de la Administración que antes se encontraba en el mero plano de la legalidad, y acabó con el monopolio judicial para la imposición de sanciones¹³.

¹¹ Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, 17ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 336.

¹² Laverde A., Juan Manuel, *Manual de procedimiento administrativo sancionatorio*, segunda edición, Bogotá, editorial Legis S.A., 2018.

¹³ "El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional,

En la citada sentencia C- 092 de 2018, la Corte Constitucional se refirió a la importancia de la potestad administrativa sancionadora en uno de los ámbitos más comunes de esta, la de los servicios públicos domiciliarios:

“3.10. (...) la facultad administrativa sancionadora en materia de los servicios públicos domiciliarios es particularmente importante en el ámbito del ejercicio de la función de dirigir la economía que la Constitución en su artículo 333 asigna al Estado. Dicha importancia no es meramente simbólica. Por el contrario, la existencia de una potestad sancionatoria en un sector con ese nivel de importancia en la protección y materialización del disfrute efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos implica que esa facultad requiere un poder disuasorio, de manera que confluyan en la sanción también las funciones retributiva y correctiva de la pena que se reconocen en general en todas las esferas del derecho sancionatorio”.

Es claro entonces que la Constitución permite el ejercicio de potestades sancionatorias a la Administración, pero obviamente sujeta a los límites del *ius puniendi* estatal previstos en el artículo 29 CP, bajo la garantía del debido proceso administrativo, destacándose dentro de tales límites el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones¹⁴, según se explica a continuación.

2. Noción y alcance del principio de legalidad de las faltas y las sanciones en materia administrativa

Se encuentra comprendido en el derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 CP en los siguientes términos:

“ART. 29. —El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público, se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una de las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal”. Corte Constitucional, Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005.

¹⁴ En relación con los límites constitucionales, la Corte Constitucional ha precisado “que la garantía del cumplimiento de los fines de la Constitución, permite la imposición de medidas restrictivas de esas libertades (ejemplo de las cuales son las multas por prestación deficiente de los servicios públicos domiciliarios) sujetas a que se impongan *en virtud de la ley y [deben] obedecer a importantes propósitos constitucionales y a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.*” C-092 de 2018, con base en las citas de las sentencias C - 352 de 2009 y C-865 de 2004. Reiteradas ambas en la sentencia C-228 de 2010. (Paréntesis y cursiva textuales).

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a *leyes preexistentes* al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...¹⁵. (La cursiva es de la Sala).

El principio de legalidad de las faltas y de las sanciones “*alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas.*”¹⁶ En consecuencia, la Constitución exige la *predeterminación legal* de las infracciones administrativas, así como las correspondientes sanciones. Este principio se desarrolla en una doble dimensión: *i) reserva de ley, y ii) tipicidad.*

2.1. Principio de reserva de ley en materia sustancial y de procedimiento

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional “[El] *principio de reserva de ley* se manifiesta en la obligación del Estado de someter el desarrollo de determinadas materias o de ciertos asuntos jurídicos necesariamente a la ley, o al menos, a tener como fundamento la preexistencia de la misma”¹⁷.

En materia administrativa sancionatoria, como expresión de los principios democrático y de separación de poderes¹⁸, es competencia exclusiva del Legislador tipificar las infracciones y determinar las sanciones respectivas, mediante leyes o normas con fuerza material de ley, facultades que la Constitución no le atribuye al Ejecutivo¹⁹.

Ahora, bajo el contexto del “Estado Regulador” al que ya se hizo alusión en este concepto, las nuevas y variadas funciones asignadas a la Administración para asegurar el cumplimiento de la normatividad en los sectores económicos, el

¹⁵ Como antecedente lejano del artículo 29 CP se pueden citar los artículos 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos del hombre y del ciudadano:

“7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por esta prescritas. Todo aquel que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.

8. La ley no debe imponer otras penas que aquellas que son estricta y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada”.

Como es sabido, la Declaración Universal inspiró las primeras constituciones de la Nueva Granada, luego de la Gran Colombia, y en general, las constituciones anteriores a la de 1886. En esta última se estableció de la siguiente manera:

“**Artículo 26.** Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

¹⁶Corte Constitucional (CC), sentencia C- 699 de 2015

¹⁷ CC, sentencia C- 818 de 2005

¹⁸ CC, sentencia C – 921 de 2001.

¹⁹CC, sentencia C – 135 de 2016

carácter técnico o cambiante de algunos de ellos, así como la asignación constitucional o legal de competencias regulatorias a autoridades administrativas con amplio margen de autonomía (*i.e.* comisiones de regulación de servicios públicos), han llevado a que se sostenga cierta *“crisis de la ley que se traduce en un robustecimiento del papel del reglamento en el sistema jurídico”*²⁰.

De esta manera, el deber constitucional confiado al Legislador no puede ser asumido por la Administración bajo el entendido de una *“flexibilización”* extrema del principio de legalidad de las faltas y las sanciones, por la simple razón de que tal usurpación sería inconstitucional. Así lo entendió el Consejo de Estado, Sección Primera:

“Debe precisarse que la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la Administración en la imposición de las sanciones o las penas.

Por el contrario, en el derecho administrativo sancionador el principio de legalidad exige que directamente el legislador establezca, como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, al igual que exige que en la ley se establezca también la sanción que será impuesta o, igualmente, los criterios para determinarla con claridad”²¹

Los criterios expuestos sobre el principio de reserva de ley en materia sancionatoria se mantuvieron en la sentencia del 19 de mayo de 2016 del Consejo de Estado, Sección Primera, que declaró la nulidad de múltiples artículos del Decreto 3366 de 2003 (radicación 2008 – 00098), providencia que origina la presente consulta y en la que se afirmó:

“(…) el régimen sancionatorio en materia de tránsito es del resorte exclusivo del legislador y que, en tal sentido, “ninguna de las disposiciones del Código Nacional de Tránsito Terrestre ni de la Ley 336 de 1996 le atribuyen facultades al ejecutivo para tipificar infracciones y menos aún para determinar las sanciones respectivas”.

Sobre el particular la Sección Primera “prohijó” el concepto 1454 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 16 de octubre de 2002, que en lo pertinente estableció:

“De conformidad con el capítulo noveno de la Ley 336 de 1996, ... Las autoridades administrativas de transporte, ... en ejercicio de la función de control y vigilancia que la Constitución y la ley les atribuye – como función presidencial podrán, como facultad

²⁰ Santaella Quintero, Héctor, “El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador: panorámica de una garantía de contornos imprecisos”, en la obra colectiva “El poder sancionador de la administración pública: Discusión, expansión y construcción”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

²¹ Sentencia del 18 de septiembre de 2014, radicación 2013 - 00092

derivada, imponer a quienes violen las normas a las que deben estar sujetos, según la naturaleza y la gravedad de la falta, las sanciones tipificadas por la ley, cuando se realicen o verifiquen los supuestos fácticos previstos por el legislador para su procedencia, supuestos que determinan y limitan la competencia de las autoridades administrativas de control y vigilancia”.

Posteriormente, la misma Sección con base en la jurisprudencia constitucional y la doctrina, reiteró:

“La definición de una reserva legal ‘implica que el legislador debe adoptar las decisiones que el constituyente le ha confiado, y que el instrumento a través del cual estas se reglamentan no pueden establecer disposiciones que sean propias del ámbito del legislador’ (Corte Constitucional, sentencia C-810 de 2014). Por ende, como señala Parejo Alfonso, ‘la reserva de ley constituye, de una parte, un mandato al legislador de regulación de una materia y, de otra, una prohibición (a la Administración) de regulación reglamentaria sin habilitación legal.’”²²

A manera de conclusión sobre el principio de reserva de ley en materia sancionatoria, la Sala citará la posición más reciente de la Corte Constitucional sobre dicho principio, contenida en la sentencia C- 092 del 3 de octubre de 2018, oportunidad en la que declaró inexecutable el artículo 208 de la Ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo ‘Todos por un nuevo país’”²³.

²² Sentencia de 13 de octubre de 2016, radicación 2013-00257.

²³ “ARTÍCULO 208. SANCIONES DE LA SUPERSEVICIOS. Modifíquese el numeral 81.2 y adiciónense dos párrafos al artículo 81 de la Ley 142 de 1994, los cuales quedarán así:

“81.2. Multas hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales para personas naturales y hasta por el equivalente a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales para personas jurídicas. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Los recursos producto de las multas que imponga esta Superintendencia ingresarán al Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución”.

“Párrafo 1o. Sobre las multas a las que hace referencia el numeral 81.2 del presente artículo, el Gobierno Nacional dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley reglamentará los criterios y la metodología para graduar y calcular las multas. En todo caso la reglamentación del Gobierno Nacional tendrá en cuenta criterios como el impacto de la infracción sobre la prestación del servicio público, el tiempo durante el cual se presentó la infracción, el número de usuarios afectados, el beneficio obtenido por el infractor, la cuota del mercado o el beneficio económico que se hubiere obtenido producto de la infracción.

La reglamentación también incorporará circunstancias de agravación y atenuación como el factor de reincidencia, la existencia de antecedentes en relación con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta.

PARÁGRAFO 2o. La facultad que tiene la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer una sanción por la violación del régimen de prestación de los servicios públicos caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho

Al respecto, la Corte, reitera lo dicho en la sentencia C-699 de 2015, en los siguientes términos:

“La reserva de ley consagrada en el Artículo 150 de la Constitución Política, supone que la estipulación de las conductas sancionables en materia administrativa, concierne a la función exclusiva del Congreso de la República. No obstante, por razones de especialidad es posible asignar al ejecutivo mediante la expedición de actos administrativos de carácter general la descripción detallada de las conductas, siempre y cuando los elementos estructurales del tipo hayan sido previamente fijados por el legislador y sin que en ningún caso las normas de carácter reglamentario puedan modificar, suprimir o contrariar los postulados legales y, menos aún, desconocer las garantías constitucionales de legalidad y debido proceso. Al legislador no le está permitido delegar en el ejecutivo la creación de prohibiciones en materia sancionatoria, salvo que la ley establezca los elementos esenciales del tipo, estos son: (i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la sanción, incluyendo el término o la cuantía de la misma, (iii) la autoridad competente para aplicarla y (iv) el procedimiento que debe seguirse para su imposición.”

De lo expuesto se tiene que para la doctrina de la Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, es competencia exclusiva del Legislador *establecer la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a imponer*. Lo anterior implica un mandato de tipificación que se expresa en describir los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, *así como determinación de tipo y cuantía de las sanciones que serán impuestas*. En la tipificación de las infracciones, podrán preverse tipos en “blanco” bajo remisiones normativas precisas o criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta.

Así mismo, la ley debe señalar el procedimiento a seguir para la imposición de la sanción (reserva de ley en materia de procedimiento) y la autoridad competente para adelantarlo e imponer finalmente la sanción administrativa.

Pasa la Sala a examinar el principio de tipicidad en materia administrativa sancionatoria.

2.2. Principio de tipicidad.

Integra el principio de legalidad y alude concretamente a la determinación previa y precisa de “infracciones, penas, castigos o sanciones que pueden ser impuestas por las autoridades administrativas en ejercicio del poder punitivo estatal”²⁴. El

constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado”.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C – 1161 de 2000.

principio de tipicidad exige, según el precedente constitucional fijado en la Sentencia C – 1161 de 2000 de la Corte Constitucional²⁵:

"10- Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir 'también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas'.

11- Las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferírsele al Gobierno una facultad abierta en esta materia, como lo hace el artículo 52 del EOSF." (Subraya la Sala).

En este orden de ideas, la Corte sostuvo que para establecer cuándo se produce una vulneración del principio de legalidad (en su dimensión tipicidad), es necesario verificar si la norma legal permite determinar los elementos del tipo en forma razonable, esto es, si a partir de la ley es posible concretar su alcance, bien sea en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados; de encontrarse que el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, se sigue entonces que desconoce el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valorarían y sancionarían libremente la conducta sin referentes normativos precisos.

La Corte señaló como *ratio decidendi* que en el derecho sancionador tanto las conductas sancionables como las sanciones deben estar descritas y predeterminadas en una norma previa, y además deben contar con un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser transferida al Gobierno Nacional a través de una facultad abierta sin contar con un marco de referencia específico y determinado. De allí evidenció el quebranto al principio de legalidad, en su dimensión tipicidad, y derivó la mencionada inexecutableidad.

²⁵ Oportunidad en la que declaró inexecutable el artículo 52 del Decreto Ley 663 de 1993 (actualización al EOSF) que delegaba en el Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, señalar las sanciones pecuniarias correspondientes a las infracciones de las disposiciones sobre actividades financieras y aseguradoras, así como respecto de la captación de recursos del público. En esa oportunidad, la demanda de inconstitucionalidad planteó la vulneración del artículo 29 Superior por desconocimiento del principio de legalidad -reserva de ley y tipicidad-, ya que el artículo cuestionado no fijaba criterios mínimos para establecer los comportamientos castigados ni las correlativas sanciones pecuniarias.

Con base en el precedente citado, la observancia del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador exige lo siguiente:

i) Que el señalamiento de la infracción y la sanción sea hecho directamente por el Legislador (*lex scripta*). El Legislador debe agotar la descripción precisa de la infracción o conducta prohibida, aunque de manera excepcional -dado el carácter técnico o cambiante de la regulación de cierto sector específico de la economía-, se ha aceptado la flexibilización de ese principio mediante la utilización del instrumento de las *normas en "blanco" o normas de remisión*.

Sin perjuicio del análisis que más adelante realizará la Sala sobre las normas o tipos en "blanco" en el derecho comparado, en la dogmática del derecho penal, según Reyes Echandía, los tipos en "blanco" se oponen a los tipos autónomos.

Los tipos autónomos son "autosuficientes en cuanto permiten adecuación directa e inmediata, de tal manera que el intérprete encuentra en ellos todo lo que necesita para su *completo* entendimiento y adecuación"²⁶. Los tipos en "blanco", en cambio "carecen de esa integralidad, pues su principal característica es la de tipificar una conducta que no aparece *completamente* descrita en cuanto el legislador se remite al mismo y otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla". (La cursiva es de la Sala)

ii) Que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto de imposición de la sanción (*lex praevia*); de ahí se sigue, como regla general, el principio de irretroactividad de las sanciones, que tiene como excepción el principio de favorabilidad, y

iii) Que la sanción no solo se determine previamente, sino también a plenitud, es decir, que sea determinada y no determinable (*lex certa*). En consecuencia, por ser competencia privativa del Legislador, su definición no puede ser delegada a las autoridades administrativas, según se expuso en el punto 2.1.

En consecuencia, el principio de tipicidad exige al Legislador describir la infracción administrativa (conducta o comportamiento que se considera ilícito) "[...] en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción [...]. Igualmente, debe **predeterminar la sanción** indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse"²⁷.

²⁶ Reyes Echandía, Alfonso, Tipicidad, sexta edición, Bogotá, Temis, 1997.

²⁷ Ibidem. Reiterada por las Sentencias C 921 de 2001 y C- 406 de 2004.

Dado que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha permitido en casos particulares la “flexibilización” del principio de tipicidad, corresponde a la Sala precisar su alcance. Como se verá, será común la referencia a la técnica de normas en “blanco”, normas de remisión y utilización de conceptos jurídicos indeterminados, en la jurisprudencia que se cita a continuación.

2.2.1. “Flexibilización” del principio de tipicidad

a. Sentencia C – 827 de 2001

Examinó la Corte en esa oportunidad el artículo 16, literal a) de la Ley 31 de 1992²⁸, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 16. Atribuciones. Al Banco de la República le corresponde estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda. Para tal efecto, la Junta Directiva podrá:

a) Fijar y reglamentar el encaje de las distintas categorías de establecimientos de crédito y en general de todas las entidades que reciban depósitos a la vista, a término o de ahorro, señalar o no su remuneración y establecer las sanciones por infracción a las normas sobre esta materia. Para estos efectos, podrán tenerse en cuenta consideraciones tales como la clase y plazo de la operación sujeta a encaje. El encaje deberá estar representado por depósitos en el Banco de la República o efectivo en caja” (Se subraya el aparte demandado).

La Corte analizó la especial naturaleza del Banco, su autonomía y las funciones que la Constitución directamente le ha asignado, las cuales debe ejercer mediante un régimen legal propio que, a juicio de la Corte, permite asemejarlo a una autoridad independiente en los términos del derecho comparado. Al respecto afirma:

“(…) no sobra recalcar que la Junta Directiva del Banco de la República tiene características y competencias reguladoras específicas derivadas de la Constitución que, como se expuso atrás, no permiten calificarla de autoridad simplemente administrativa. Es cierto que en el reparto tradicional de funciones estatales, las asignadas al Banco y por ende a su Junta Directiva, han de ser calificadas como

²⁸ “por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasaran los fondos de fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones”.

administrativas, sin perjuicio de las peculiaridades que entraña el reconocimiento de su condición de funciones de regulación que se traducen en la adopción de disposiciones de carácter general. Pero como ya se expresó ello no significa que el Banco y la Junta Directiva del mismo tengan el carácter de autoridades de la administración pública nacional, pues precisamente la autonomía constitucionalmente reconocida, los excluye de la rama ejecutiva del poder público, como de manera reiterada ha señalado esta Corporación”.

Ahora, frente a la sanción prevista en el aparte demandado, sostuvo la Corte:

“Para el caso en análisis, la formulación de las consecuencias de la transgresión de la conducta impuesta por la ley (observancia del encaje fijado por la Junta Directiva del Banco de la República para un período determinado) corresponde por mandato legal expreso (conforme a la norma demandada) a la misma Junta Directiva del Banco de la República, como se ha señalado, al paso que la aplicación de los efectos de la conducta omisiva en cada caso compete a una autoridad administrativa determinada por la ley, la Superintendencia Bancaria.

Ahora bien, debe la Corte preguntarse si la forma como la ley acusada hace la atribución a la Junta Directiva del Banco, se aviene o no con el principio de legalidad. Como ya se expresó el principio de legalidad, común a todos los regímenes punitivos, no se proyecta en todos ellos con la misma intensidad. En el presente caso no se está frente a un régimen sancionatorio penal, ni al régimen administrativo disciplinario, sino a un régimen de sanciones en el ámbito de la acción económica del Estado para el cumplimiento del mandato específico de los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución”.

Y más adelante afirmó la Corte:

“De otra parte no puede perderse de vista que, como lo tiene aceptado la jurisprudencia, aún en el ámbito de las sanciones penales, es posible la existencia de tipos en blanco²⁹ que deban ser completados con la actuación de autoridades administrativas³⁰ dentro de ciertas condiciones. Para el caso, tratándose de sanciones administrativas importa la existencia del fundamento legal que señale el marco dentro del cual la autoridad titular de la función administrativa pueda precisar, los elementos de la sanción que haya de ser aplicada por otra autoridad, no por ella misma. Esos aspectos que son aceptados dentro de la actividad sancionadora adquieren, a juicio de la Corte, mayor nitidez en el ámbito de la actuación de una autoridad estatal, como la Junta Directiva del Banco de la República, cuya misión y objetivos institucionales derivan directamente de la Constitución y cuyas funciones, asignadas por la ley, deben atender a la satisfacción de aquellos postulados constitucionales.

²⁹ Ver las sentencias C-127 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-133 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-559 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-739 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-1490 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz y C-404 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁰ Ver las Sentencias C-1161 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-333 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Para la Corte, en consecuencia, es claro que la ley ha señalado elementos básicos dentro de los cuales la Junta Directiva del Banco de la República, como autoridad constitucional reguladora en materia monetaria, cambiaria y crediticia, debe precisar el tipo sancionatorio que será aplicado por la Superintendencia Bancaria – con sujeción a los principios y reglas que orientan en la Constitución y en la ley la aplicación de las sanciones-, quedando así salvaguardado el principio de tipicidad de la sanción, aspecto éste previo a la posibilidad de aplicación, con cumplimiento del principio formulado en el artículo 29 constitucional. Y por ello no cabe hablar, como lo pretende el demandante, de delegación por el legislador de una función que le es exclusiva, a favor del Banco de la República o de otra autoridad estatal”. (Notas al pie textuales. Resalta la Sala).

Como puede apreciarse, la sentencia se da en el marco de las especiales atribuciones que la Constitución ha otorgado a la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, bajo el entendimiento de que la Junta no es asimilable a un organismo o entidad de la rama ejecutiva del poder público.

Ahora, en lo atinente al principio de tipicidad, formula la tesis de que este no puede “aplicarse con la misma intensidad” a las sanciones administrativas³¹. Agrega que lo que se exige es un fundamento legal en donde se señalen los elementos básicos de la sanción, “marco dentro del cual la autoridad titular de la función administrativa pueda *precisar*, los elementos de la sanción que haya de ser aplicada por otra autoridad, no por ella misma”. En todo caso, no es constitucionalmente admisible “delegar” en otra autoridad estatal la competencia de determinar las infracciones y las sanciones, toda vez que es exclusiva del Legislador, con lo cual se reafirma el principio de reserva de ley en materia sancionatoria administrativa bajo los criterios expuestos en este concepto, así como la formulación básica del principio de tipicidad.

Concluye la Corte con la afirmación de que “aún en el ámbito de las sanciones penales, es posible la existencia de tipos en blanco que deban ser completados con la actuación de autoridades administrativas dentro de ciertas condiciones”, de lo cual se infiere que dicha técnica puede ser aceptada, con mayor razón, en las sanciones administrativas.

b. Sentencia C – 530 de 2003

Examinó la Corte varias demandas contra la Ley 769 de 2002 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito terrestre y se dictan otras disposiciones*”. Una de las infracciones acusadas (inciso 8 del literal D del artículo 131, *ibídem*) sanciona con

³¹ Es común que en la jurisprudencia constitucional se refiera a la “*aplicación con matices*” de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, expresión tomada de la jurisprudencia y doctrina española.

multa de 30 salarios mínimos diarios legales a quien conduzca *“realizando maniobras altamente peligrosas e irresponsables que pongan en peligro a las personas o las cosas”*.

Sobre los principios de reserva de ley y tipicidad, reitera la formulación general señalada en este concepto y en la sentencia C - 1161 de 2000, flexibilizado en la sentencia C- 827 de 2001, en los siguientes términos:

“Los principios de legalidad y tipicidad en el derecho administrativo sancionador
17.- Uno de los principales límites al ejercicio de la potestad punitiva por el Estado es el principio de legalidad³², en virtud del cual *“las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa”*³³. Este principio implica también que la sanción debe estar predeterminada, ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta, pues las normas que consagran las faltas deben estatuir *“también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas”*³⁴. Así, las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferirse al Gobierno o a otra autoridad administrativa una facultad abierta en esta materia”. (notas al pie, cursivas y paréntesis textuales)”.

En cuanto a la aplicación con “matices” de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador y su grado de “intensidad”, que dan lugar a la *flexibilidad* en este último campo, la Corte reitera lo dicho en la sentencia C -827 de 2001, así:

“El derecho administrativo sancionatorio, a pesar de estar sujeto a las garantías propias de debido proceso, tiene matices en su aplicación y mal podría ser asimilado, sin mayores miramientos, al esquema del derecho penal. Como fue mencionado anteriormente, las exigencias propias del derecho penal no pueden aplicarse con la misma intensidad a este tipo de derecho sancionatorio. Además, incluso en el Derecho Penal ha sido aceptada, dentro de ciertos límites, la existencia de tipos penales en blanco y el uso de conceptos jurídicos indeterminados, pues la determinación de conductas sólo es exigible hasta donde lo permite la naturaleza de las cosas. Ello implica que cuando la variada forma de conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos, no existe violación a este principio cuando el legislador señala únicamente los elementos básicos para delimitar la prohibición. De otro lado, el uso de esos conceptos indeterminados en el derecho administrativo sancionador es más admisible que en materia penal pues en este campo suelen existir más controles para evitar la arbitrariedad –como las acciones contencioso administrativas- y las sanciones son menos invasivas de los derechos del procesado, pues no afectan su libertad personal. Por tanto los criterios encaminados a

³² Ver la sentencia C-1161 de 2000.

³³ Ver, entre otras, las sentencia C-597 de 1996.

³⁴ Sentencia C-417/93. En el mismo sentido, ver la sentencia C-280 de 1996.

establecer si fue o no respetado el principio de legalidad se flexibilizan, sin que ello implique que desaparezcan". (Subraya la Sala).

Reafirmada la procedencia, con limitaciones, de los tipos en blanco y conceptos jurídicos indeterminados en las infracciones administrativas, la Corte analiza la referencia que la norma acusada hace a la realización de "*maniobras peligrosas e irresponsables*" y se pregunta si ese concepto indeterminado es admisible, teniendo en cuenta la flexibilización que tiene el principio de legalidad en su dimensión de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Se transcribe *in extenso* el criterio de la Corte, para luego proceder a su análisis:

"22- Para responder ese interrogante, la Corte considera que el uso de los conceptos indeterminados es admisible en una infracción administrativa y no desconoce el principio de igualdad (sic), pero siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos.

23- Ahora bien, el concepto "*maniobras peligrosas e irresponsables*" puede ser interpretado de dos formas: uno puede considerar que esa expresión hace referencia a maniobras que no estén prohibidas y sancionadas por otras normas del código de tránsito, pero que son peligrosas e irresponsables, y por ello ameritan una sanción. Según esa interpretación, el aparte demandado establece una infracción de tránsito residual. Por el contrario, según otra interpretación, la expresión acusada hace referencia a conductas que, además de infringir las reglas de tránsito, son a tal punto peligrosas e irresponsables que ponen en peligro a las personas o las cosas. Según esta segunda hermenéutica, ese aparte no señala una nueva infracción de tránsito, sino que agrava la sanción de otras infracciones, que ya están definidas en el mismo código. Entra pues la Corte a analizar si ambas interpretaciones se ajustan o no al principio de legalidad.

24- El concepto aislado de "*maniobras peligrosas e irresponsables*" no hace referencia a una conducta suficientemente determinada, pues está compuesto de ideas esencialmente valorativas (peligroso e irresponsable) y por ello carece de un mínimo referente empírico que permita concretar cuál es el comportamiento sancionado. Así, es posible que una autoridad de tránsito pueda, de conformidad con las circunstancias de un caso particular, considerar que una maniobra es peligrosa e irresponsable, mientras que esa misma situación puede ser valorada en forma distinta por otra autoridad de tránsito. La descripción resulta entonces vaga y no cuenta con la certeza propia de los textos que describen conductas sancionables.

Por ello la Corte concluye que si este aparte acusado es interpretado como una infracción de tránsito residual, que se aplica a comportamientos peligrosos e irresponsables pero que no han desconocido ninguna regla específica de tránsito, entonces el aparte resulta inconstitucional, por violar el principio de legalidad, pues se trata de una descripción tan abierta, que confiere un margen de discrecionalidad de las autoridades de tránsito tan amplio, que no es constitucionalmente admisible. Esta hermenéutica deberá entonces ser expulsada del ordenamiento, pues la descripción de las conductas y las sanciones deben estar determinadas previamente de manera comprensible para los destinatarios de las normas.

25- Entra la Corte a examinar la segunda hermenéutica, según la cual, las maniobras altamente peligrosas se refieren a conductas que constituyen infracciones de tránsito, como por ejemplo no respetar las señales de tránsito³⁵. Esta hermenéutica parece ajustarse a los principios de legalidad y tipicidad, propios del derecho sancionador, puesto que el concepto de maniobras peligrosas e irresponsables remite a otros comportamientos, que están descritos en la propia ley". (Nota al pie textual, subraya la Sala).

En consecuencia, la Corte declara exequible de manera condicionada el texto acusado, bajo el "entendido que debe tratarse de maniobras que violen las normas de tránsito, que pongan en peligro a las personas o a las cosas, y que constituyan conductas dolosas o altamente imprudentes". Incluso sostiene la necesidad de la "certeza" predicable de la norma sancionatoria.

Según puede apreciarse, la Corte profundiza en la procedencia de conceptos jurídicos indeterminados para la tipificación de infracciones administrativas. Ello será viable, a juicio de la Corte, siempre que "sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados".

Por el contrario, si la tipificación con base en el concepto jurídico indeterminado es "abierta o vaga", sin un referente empírico o normativo, al punto que "la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad" de la Administración, la norma es inconstitucional por violación del principio de legalidad de las faltas y las sanciones.

Por último, la observancia de dicho principio exige que las sanciones sean "comprensibles" para sus destinatarios.

c. Sentencia C – 406 de 2004

³⁵ Artículo 131, literal A inciso 5, Ley 769 de 2002. Esta conducta es castigada con multa equivalente a cuatro salarios mínimos legales diarios vigentes.

La Corte juzgó normas que describen conductas sancionables en las leyes o normas con fuerza de ley³⁶ que regulan el mercado público de valores relativas a "operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado" u "operaciones no representativas de las condiciones del mercado, a juicio de la Comisión Nacional de Valores" (luego Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera de Colombia), en el ámbito del "poder sancionador de la administración".

El actor estima que las expresiones acusadas corresponden a "conceptos jurídicos indeterminados lo que viola el principio de legalidad, así como el de imparcialidad al otorgar a la Superintendencia de Valores la potestad de determinar "a su juicio" cuando una operación no es suficientemente representativa de las condiciones del mercado, y a la vez facultarla para imponer la sanción cuando encuentre cometida dicha conducta".

En su análisis la Corte reiteró las sentencias C – 827 de 2001 y C – 530 de 2003, sobre la aplicación con matices "*mutatis mutandis*"- de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador. Así mismo plantea su análisis en el marco general de intervención del Estado en la economía (art. 333, CP) y en la especial intervención que la Constitución prevé para las actividades financiera, bursátil y aseguradora (art. 335 CP), lo que permite que entidades como la antigua Supervalores tengan "*facultad reglamentaria y funciones de inspección, vigilancia y control*"³⁷:

"(...) El conocimiento concreto de las situaciones que pueden conspirar contra tan claros fines constitucionales y la adopción de medidas y correctivos pertinentes no pueden estar confiados de manera exclusiva y excluyente a la normatividad genérica, sino que es indispensable la previsión de órganos que estén dotados de suficiente agilidad y capacidad de indagación, verificación, control y sanción sobre los infractores, a la vez que gocen de atribuciones suficientes para dictar normas con mayor flexibilidad, que hagan efectivas las reglas básicas y las políticas estatales.

Además debe tenerse en cuenta que, "*La inmediación que se da entre dichos entes y los temas reales de implementación de la legislación imponen que sean estos los que señalen la microregulación de la Ley. La imposibilidad de previsión total por parte del órgano legislativo es -para muchos- suficiente sustento de la necesidad de que sea una entidad técnica la que produzca el reglamento correspondiente*"³⁸.

Regulaciones a cargo de la Superintendencia de Valores, que deben expedirse entonces, según lo ha determinado la Corte, con arreglo a la Constitución, la ley y los reglamentos gubernamentales, para organizar el mercado público de valores y corregir los errores de su imperfección, así como para delimitar el ejercicio de la

³⁶ Anteriores a la Constitución de 1991.

³⁷ Sobre este aspecto es importante precisar que dos magistrados aclararon el voto.

³⁸ Sentencia C-917 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

libertad de empresa y preservar una sana y transparente competencia, mediante un sistema eficiente, que lleve el registro nacional de valores e intermediarios, que señale las reglas específicas que deben observarse dentro del mercado primario y secundario de valores, que establezca los requisitos para intermediar con ellos, que prevenga las prácticas monopolísticas y las operaciones encaminadas al control indebido de las empresas, que consagre las formas específicas de control y vigilancia, así como las sanciones aplicables a las infracciones que se cometan, y que se haga presente, a través de sus agente, en las bolsas de valores y las entidades comisionistas, para evitar en concreto las distorsiones económicas que la normatividad proscribire". (Notas al pie y cursivas textuales).

Dado el contexto en que se da la intervención, las materias técnicas a las que alude la regulación y la imposibilidad del Legislador de previsión "total" de las conductas sancionables, la Corte analiza los apartes demandados bajo el entendido de que son "conceptos jurídicos indeterminados", así:

"Para la Corte, esta específica calificación (se refiere a la locución "suficientemente") respecto de la operación no representativa de las condiciones del mercado, para efectos de determinar la conducta sancionable administrativamente es de tal amplitud, que le imprime a la norma un carácter ambiguo y vago. La concreción de una conducta con tal característica, requiere del operador jurídico un juicio de carácter subjetivo, es decir, para cada caso en particular, permitiéndole un amplio margen de discrecionalidad y por ende una libertad en la valoración y sanción respectiva. Por lo tanto, la expresión "*suficientemente*", para el caso, resulta constitucionalmente inadmisibles³⁹.

Según ya lo ha precisado la Corte⁴⁰, el uso de conceptos indeterminados es admisible en una infracción administrativa (...). Tal es el caso de la expresión "*operaciones que no sean representativas de la situación del mercado*", contenida en las normas demandadas, que si bien se trata de un concepto indeterminado, puede ser determinable de manera razonable, acudiendo a la remisión y a los criterios también consagrados en las normas acusadas.

Téngase en cuenta, que en el numeral 4º del artículo 8º del Decreto 1172 de 1980, el legislador utiliza la expresión "*a juicio de la Comisión Nacional de Valores*", entendiéndose hoy Superintendencia de Valores, que si bien para algunos de los intervinientes únicamente se refiere a una facultad de adecuación, lo que les permite concluir que las disposiciones acusadas debería declararse inconstitucionales, sin embargo, para la Corte, esta expresión corresponde a una remisión normativa realizada por la ley, a través de la cual se prevé la entidad a quien (sic) corresponde la labor de determinación previa de cuáles son las operaciones no representativas de la situación de mercado, dado su conocimiento técnico y especializado en la materia, mediante actos administrativos expedidos previamente.

³⁹ Cf. Sentencia C-530 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

⁴⁰ Sentencia C-530 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

Además, las disposiciones acusadas contienen un marco dentro del cual la Superintendencia de Valores puede, de manera razonable, concretar o precisar el alcance de la prohibición de realizar operaciones que no sean representativas de las condiciones del mercado, utilizando para ello criterios técnicos.

Como lo han señalado algunos intervinientes, la mencionada expresión "*operaciones no representativas de las condiciones de mercado*", tiene un carácter técnico y con posibilidades de ser cambiante por ser desarrolladas especialmente en el ámbito del mercado de valores (...)"

Por lo tanto, si bien las normas demandadas utilizan un concepto indeterminado, *operaciones no representativas del mercado*, bien puede ser determinado por la correspondiente entidad, a través de la expedición de resoluciones, las cuales minimizan el eventual carácter vago o indeterminado de la expresión, de forma tal que el operador jurídico cuenta con criterios precisos para ejercer la actividad de adecuación. Bajo este entendido, las normas acusadas resultan ajustadas a la Constitución, pues en este caso se entiende que la expresión consagra una descripción típica determinable de manera razonable, eliminándose de esta manera la posibilidad de arbitrariedad en el ejercicio de adecuación⁴¹. (Paréntesis y subrayado de la Sala. Las citas al pie son textuales).

Como se aprecia, la Corte reitera que conceder amplio margen de discrecionalidad a la Administración y por ende libertad para la valoración y sanción, es inconstitucional. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con "tipos abiertos" que no pueden ser concretados en forma razonable, y por lo mismo desconocen el principio de legalidad de las faltas y las sanciones.

Por su parte, el carácter técnico, especializado y cambiante de una actividad regulada justifica, en principio, acudir a conceptos jurídicos indeterminados los cuales pueden ser concretados de manera previa mediante la expedición de actos

⁴¹ Bajo la argumentación expuesta la Corte decidió: "**Primero.-** DECLARAR EXEQUIBLE el literal b) del numeral 3 del artículo 12 de la Ley 32 de 1979, en el entendido de que previamente al hecho o al acto objeto de investigación, la Superintendencia de Valores establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado, salvo la expresión "*suficientemente*" que se declara INEXEQUIBLE.

Segundo.- DECLARAR EXEQUIBLE el numeral 4 del artículo 8° del Decreto Ley 1172 de 1980, en el entendido de que la expresión "*a juicio de la Comisión Nacional de Valores*" se refiere a que previamente al hecho o al acto objeto de investigación la Superintendencia de Valores establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado.

Tercero.- DECLARAR EXEQUIBLE el literal b) del artículo 6° de la Ley 27 de 1990, en el entendido de que previamente al hecho o al acto objeto de investigación la Superintendencia de Valores establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado, salvo la expresión "*suficientemente*" que se declara INEXEQUIBLE". (Mayúsculas y cursivas textuales).

administrativos. Incluso para tal concreción puede acudir a las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o *Lex Artis*⁴² y a la costumbre mercantil.

d. Sentencia C-860 de 2006

Resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificados por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003. La Corte sostuvo que:

“Debido a las finalidades propias que persigue, y a su relación con los poderes de gestión de la Administración, la jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del *ius puniendi* estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal. En esa medida el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica.”⁴³ (Resaltado fuera de texto)

Como puede apreciarse, la tesis de la “*flexibilización*” del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador es constante en la jurisprudencia constitucional, bajo la apelación al criterio de “matices”, “grados de intensidad o rigurosidad” o la “teleología” de las normas administrativas sancionatorias, lo que lleva a la aceptación de medios como las “normas –o tipos- en blanco” y conceptos jurídicos indeterminados, considerando la naturaleza de las conductas que se consideran ilícitas y los bienes jurídicos que se pretende proteger, todo bajo los límites que han sido explicados.

⁴²(...) en su esencia cambiante por la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de experiencias y costumbres, y que marcan un especial modo de actuar y entender las reglas respectivas y propias de cada ejercicio profesional. Igualmente juega un papel importante al momento de hacer la correspondiente determinación de conductas sancionables la costumbre mercantil, que tiene fuerza reguladora dada su condición intrínseca o de común aceptación como regla adecuada de conducta comercial cuando es pública, uniforme y reiterada”. Sentencia C – 406 de 2004.

⁴³ Consideración jurídica No. 5. Cita como precedentes las sentencias C-530 de 2003 y C-406 de 2004.

2.2.2. Conclusión: consolidación de la “flexibilización” del principio de tipicidad en la jurisprudencia

Los precedentes arriba comentados consolidaron la llamada “flexibilización” del principio de tipicidad en materia administrativa sancionatoria, sobre lo cual la misma Corte Constitucional da cuenta en la sentencia C- 032 de 2017⁴⁴. En efecto, el problema jurídico que la Corte plantea es el siguiente: “¿Es violatorio del derecho al debido proceso administrativo establecido en el artículo 29 de la Constitución, y más precisamente, de los principios de legalidad y tipicidad, el enunciado normativo contenido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, sobre prácticas comerciales restrictivas, que prohíbe “*y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*”? (Cursivas textuales).

La Corte, luego de reiterar los alcances generales del derecho al debido proceso, cita el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA-, en el aparte relativo a los principios de las actuaciones administrativas⁴⁵. Señala que en “(...) *el plano del derecho administrativo sancionatorio las reglas y los estándares de aplicación se encuentran bastante consolidados*” y para el efecto recuerda lo dicho por la Corte en las sentencias C - 530 de 2003, C - 406 de 2004 y C- 860 de 2006.

Agrega que para la época de la sentencia C – 032 de 2017, la Corte había reiterado tales criterios, fundamento bajo el cual declaró exequible el precepto demandado:

“La regla vigente de la Corte Constitucional respecto del carácter flexible del principio de tipicidad, como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, señala que se satisfacen los requerimientos normativos de dicho principio ‘cuando concurren tres elementos: (i) *Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en*

⁴⁴ Oportunidad en la que se demandó el artículo 1 (parcial) de la Ley 155 de 1959, “*Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*”. ARTÍCULO 1º. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. El nuevo texto es el siguiente: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”. (Se subraya el aparte demandado).

⁴⁵ “Artículo 3. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primea de este Código y en las leyes especiales. (...)”

1. En virtud del principio de debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.”

el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley; (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción'. De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que 'las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica'.

En consecuencia, la “flexibilización” del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador lleva a la aceptación de instrumentos como las “normas en blanco”, conceptos jurídicos indeterminados y normas de remisión que pueden ser legales o reglamentarias -dado el carácter técnico o cambiante de la regulación de cierto sector específico de la economía-, por lo que la Sala debe analizar la forma como los decretos reglamentarios pueden ser el medio para que las infracciones administrativas cumplan el requisito de ser “determinables” y, en tal medida, se observe el principio de tipicidad del derecho administrativo sancionatorio.

3. La potestad reglamentaria, su objeto y límites.

Son profusas la doctrina de la Sala y la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el objeto, alcance y límites de la potestad reglamentaria y el control sobre los decretos reglamentarios, motivo por el cual se aludirá a sus características más relevantes, atinentes directamente con la consulta formulada, para lo cual se toma como base el criterio de la Sala contenido en el Concepto 2143 de 2014.

3.1. Marco Constitucional

La potestad reglamentaria se encuentra consagrada en la Constitución Política dentro del Título VII “De la Rama Ejecutiva”, Capítulo 1 “Del Presidente de la República”, en los siguientes términos:

“Artículo 189 Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (...)”

De la simple lectura de la norma se deduce que la potestad reglamentaria se ha atribuido al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa, por lo que su ejercicio corresponde al cumplimiento de una función administrativa que se sujeta, por definición, a la observancia de normas superiores como son la Constitución Política y la ley.

3.2. Objeto

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado⁴⁶ ha sido reiterativa en el sentido de señalar que el objeto de la potestad reglamentaria consiste en la expedición de normas de carácter general destinadas a lograr la correcta ejecución, cumplimiento y efectividad de la ley para así volverla activa y plenamente operante, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma Administración y de los particulares al especificar su significado para el logro de los fines del Estado y de la función administrativa⁴⁷.

En consideración al objeto de la potestad reglamentaria, la Corte Constitucional destacó en Sentencia C-228 de 17 de junio de 1993 las diferencias entre la función legislativa y dicha potestad así:

“La ley por naturaleza prescribe en forma genérica, y ello es precisamente definir, distinto a describir, por cuanto la definición, propiamente hablando, es una proposición de validez genérica, apta para ser referida a las circunstancias específicas, y no generales, por la función ejecutiva, que también representa la voluntad general, pero en una atribución no declarativa, sino de cumplimiento y realización del orden legal. Como se observa, la ley no agota toda la posibilidad jurídica sino que es el fundamento del proceso en el cual, obviamente, está la función ejecutiva, la que gira en torno a la ley (...)

“La potestad reglamentaria... no contradice la naturaleza de la rama ejecutiva del poder público, porque la función es la de reglamentar, como acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley. Si el legislador hace la ley, el ejecutivo tiene el derecho-deber de encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real... Y es que no están frente a frente la ley y la consecuencia de la potestad reglamentaria, porque ambas integran el concepto de norma, con la diferencia cualitativa de ser norma general la ley y norma particular el efecto de la reglamentación. El ejecutivo no puede legislar –salvo que se trate de facultades extraordinarias o de los estados de excepción de acuerdo con los términos de la Constitución– pero sí puede regular, porque toda legislación es normativa, pero no toda normatividad es legislativa, pues la norma es género y la ley es especie...”.

Así las cosas, la potestad reglamentaria, a diferencia de la función legislativa (consistente en hacer, modificar y derogar las leyes), se orienta a complementar la ley con las reglas que sean estrictamente necesarias para su eficaz ejecución y no

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-228 de 1993 y C- 509 de 1999. Consejo de Estado: Expedientes 2529/02; 2241/00, 1714-99/99; 8971/99; 14983/98; 14634/98, entre otras.

⁴⁷ Al respecto, el artículo 4 de la Ley 489 de 1998 dispone: “Artículo 4o. Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política. // Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general”.

admite la interpretación de sus contenidos, ni de su modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene.⁴⁸

En este contexto una disposición de carácter reglamentario no puede interpretar con autoridad la ley, con el fin de considerar diferentes hipótesis susceptibles de regulación, toda vez que ello equivaldría a una flagrante violación del artículo 150, numeral 1, de la Constitución Política y del artículo 25 del Código Civil que dispone: “La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador”. Dicha imposibilidad de interpretación vía reglamento ha sido sostenida de tiempo atrás por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Por ejemplo, la sentencia de la Sección Segunda del 25 de agosto de 1999, expediente 1714-99 establece:

“La potestad reglamentaria que contempla el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política habilita al Presidente de la República para dictar los decretos, resoluciones y demás actos administrativos tendientes a la cumplida realización de la ley, en el entendido que tal facultad debe asumirse bajo los precisos lineamientos que emanan del contenido y alcance de la respectiva ley, al propio tiempo que reconociendo cómo, si bien a través de su labor subsidiaria y concurrente debe el presidente hacer de ella una regla más cercana y actuante en términos de singularidad, ningún mandato superior lo autoriza para entrar a interpretarla con autoridad, máxime si se considera que con arreglo al artículo 25 del Código Civil ‘La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador’. Pues bien, ocurre que en el sub lite, ni el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993 es oscuro, ni el Presidente tiene facultades de glosador como para arrogarse una tal atribución que le permitiera definir el concepto de ‘régimen anterior’. Por ello mismo, debe advertirse que, siendo extraña al fuero presidencial la potestad de interpretar con autoridad la ley, la buena fe hermenéutica que pueda entrañar la norma combatida no convalida la extralimitación funcional del Ejecutivo, que a contrapelo de las facultades privativas del Congreso ha puesto en evidencia la nulidad del susodicho artículo 1 por incompetencia del emisor”.

El marco constitucional y el objeto de la potestad reglamentaria descritos permiten señalar que su ejercicio está sujeto a precisos límites destacándose, en primer término en lo tocante a este concepto, la subordinación a la ley, según se explica a continuación, lo cual se complementa con lo expuesto con el principio de legalidad de las faltas y las sanciones.

3.3. La subordinación a la ley como límite de la potestad reglamentaria

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente Martha Sofía Sanz Tobón, Sentencia de 25 de octubre de 2007, Número Interno 11001-03-24-000-2004-00109-01, Actor: Gustavo Gallón Giraldo.

En nuestro sistema jurídico es claro que las leyes tiene una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Tal situación se deriva del artículo 189 C.P. que establece los deberes y facultades que le corresponden al Presidente de la República frente a ley. En efecto, esta disposición le impone “*promulgar la leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*” (numeral 10), y “*ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*” (numeral 11).

En este sentido el Consejo de Estado, Sección Tercera⁴⁹, ha señalado que el reglamento, como expresión de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, es un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley. La sumisión jerárquica del reglamento a la ley en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda el reglamento suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos.⁵⁰ Por este motivo, si el reglamento supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador, compromete su validez y por tanto deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 C.P.

En similares términos se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C- 037 de 2000, cuando dijo que “los actos administrativos de contenido normativo deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Igualmente, las normas superiores que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa y señalan sus atribuciones (artículo 237 superior), encuentran su finalidad en la voluntad del constituyente de someter la acción administrativa al imperio de la ley”.

3.4. Principio de legalidad de las faltas y las sanciones y decretos reglamentarios

Como se ha expuesto, la Constitución exige la determinación previa y precisa de las faltas y las sanciones, bajo los criterios *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa*, bajo las consideraciones expuestas en este concepto. En tal sentido, se encuentra

⁴⁹ Sentencia del 3 de diciembre de 2007, radicados 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) –acumulados–.

⁵⁰ Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RAMÓN, Tomás. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I Duodécima Edición, Thomson Civitas, 2004, pág. 182 y ss.

proscrito que la ley atribuya o delegue a las autoridades administrativas o a normas que no tengan fuerza de ley, la función de determinar las sanciones.

Igualmente, las sanciones deben contar con un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser transferida al Gobierno Nacional a través de una facultad abierta sin contar con un marco de referencia específico y determinado, cuya necesidad se fundamenta en la naturaleza cambiante de la actividad regulada o en condiciones técnicas, o circunstancias específicas de las actividades económicas reguladas dentro del marco del *Estado Regulador*.

Como ya se expuso, la Sala entiende como facultad abierta que la definición del comportamiento prohibido quede sujeto a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valorarían y sancionarían libremente la conducta sin referentes normativos precisos.

Para dar paso al análisis concreto de casos en los cuales se ha discutido la potestad reglamentaria en materia sancionatoria, recuerda la Sala los requisitos constitucionales para acudir a normas de remisión como serían los decretos reglamentarios:

“La reserva de ley consagrada en el Artículo 150 de la Constitución Política, supone que la estipulación de las conductas sancionables en materia administrativa, concierne a la función exclusiva del Congreso de la República. No obstante, por razones de especialidad es posible asignar al ejecutivo mediante la expedición de actos administrativos de carácter general la descripción detallada de las conductas, siempre y cuando los elementos estructurales del tipo hayan sido previamente fijados por el legislador y sin que en ningún caso las normas de carácter reglamentario puedan modificar, suprimir o contrariar los postulados legales y, menos aún, desconocer las garantías constitucionales de legalidad y debido proceso. Al legislador no le está permitido delegar en el ejecutivo la creación de prohibiciones en materia sancionatoria, salvo que la ley establezca los elementos esenciales del tipo, estos son: (i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la sanción, incluyendo el término o la cuantía de la misma, (iii) la autoridad competente para aplicarla y (iv) el procedimiento que debe seguirse para su imposición.”⁵¹

3.5. Referentes jurisprudenciales recientes sobre potestad reglamentaria y principio de legalidad de las faltas y las sanciones.

a. Sentencia C – 412 de 2015

Se demandó el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*”:

⁵¹ Sentencia C-699 de 2015.

“Artículo 106. Control a la explotación ilícita de minerales. A partir de la vigencia de la presente ley, se prohíbe en todo el territorio nacional, la utilización de dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional.

*El incumplimiento de esta prohibición, además de la acción penal correspondiente y **sin perjuicio de otras medidas sancionatorias**, dará lugar al decomiso de dichos bienes y a la imposición **de una multa hasta de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes**, que impondrá **la autoridad policiva correspondiente**. **El Gobierno Nacional reglamentará la materia**”.* (Se subrayan los textos demandados)

El actor consideró que el contenido indeterminado de algunas de las expresiones de la norma, y la habilitación efectuada al ejecutivo para reglamentar la materia, quebrantaban el principio de legalidad, el debido proceso y la reserva de ley.

Luego de citar la jurisprudencia a la que se ha aludido en este concepto, la Corte afirma que la ley que establece las infracciones y las sanciones “podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica”:

“Esta Corporación ha sostenido que en atención al principio de legalidad, la descripción genérica de las conductas, las sanciones a imponer y los criterios para su determinación, deben ser previamente fijados por el legislador, pudiendo el ejecutivo mediante la expedición de actos administrativos definir los aspectos técnicos de una determinada materia⁵²:

El principio de legalidad de las sanciones administrativas sólo exige que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa contemplada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador.”⁵³ (Notas al pie textuales).

Posteriormente, al analizar puntualmente el aparte demandado que dispone “*El Gobierno Nacional reglamentará la materia*”, determinó que no infringe la reserva legal, toda vez que:

“(…) la disposición demandada no faculta al ejecutivo para reglamentar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, como lo ordena el artículo 360 Superior, sino que se limita a estipular una prohibición en

⁵² Sentencia C-818 de 2005.

⁵³ Sentencia C-595 de 2010.

materia de explotación ilegal de recursos naturales no renovables y a establecer las consecuencias que se derivan del incumplimiento de dicha norma, facultando al Gobierno para que bajo su potestad reglamentaria (núm. 11 art. 189 C.P.) desarrolle aspectos relacionados, solamente con el incumplimiento de las medidas allí previstas.

“En efecto, del tenor literal del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, se desprende la configuración de: (i) una prohibición o comportamiento ilegal; (ii) la sanción, y (iii) la autoridad competente para imponer la sanción. La definición de estos elementos constitutivos autoriza al legislador para hacer habilitaciones normativas, conforme lo ha expresado esta Corporación en Sentencia C-507 de 2006:

Así mismo cabe reiterar que como se señaló en la Sentencia C-343 de 2006 la remisión normativa como técnica legislativa no es per se inconstitucional cuando se analiza desde la perspectiva del principio de tipicidad, puesto que es preciso verificar qué parte de la disposición en cuestión requiere completarse con otros preceptos jurídicos y si es posible efectivamente completar la norma cuestionada a partir de la lectura de las normas a las que se remite. Por tanto, no es posible inferir del principio de tipicidad que una remisión que el mismo legislador hace a otro contenido normativo sea de suyo inexecutable.

No obstante, como en la misma sentencia se precisó, para que la remisión sea constitucional, la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que al respecto haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones.

Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se realice con el respeto debido al principio de tipicidad.⁵⁴ (Notas al pie textuales).

Bajo los anteriores criterios la Corte declaró la exequibilidad de los preceptos demandados:

b. Sentencia C- 699 de 2015

Corresponde al examen de constitucionalidad del cuadro sancionatorio previsto en la Ley 13 de 1990 *“por la cual se dicta el Estatuto General de Pesca”*. Por su pertinencia al caso sometido a consulta, se transcribe en su integridad:

[..]

TITULO VI DE LAS INFRACCIONES, PROHIBICIONES Y SANCIONES

⁵⁴ Sentencia C-507 de 2006.

CAPITULO 1
De las Infracciones

Artículo 53. Se tipifica como infracción toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en la presente Ley y en todas las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia.

CAPITULO 2
De las Prohibiciones

Artículo 54. Está prohibido:

1. Realizar actividades pesqueras sin permiso, patente, autorización ni concesión o contraviniendo las disposiciones que las regulan.
12. Las demás conductas que señale el reglamento que al efecto expida el Gobierno Nacional en desarrollo de la presente Ley.

Artículo 55. Las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones establecidas en la presente Ley y demás normas legales y reglamentarias sobre la materia, se harán acreedores, según la gravedad de la infracción, a una o más de las siguientes sanciones que aplicará el INPA sin perjuicio de las sanciones penales y demás a que hubiere lugar:

1. Conminación por escrito.
2. Multa.
3. Suspensión temporal del permiso, autorización, concesión o patente, según sea el caso.
4. Revocatoria del permiso, autorización, concesión o patente.
5. Decomiso de embarcaciones, equipos o productos.
6. Cierre temporal o clausura definitiva del establecimiento.

Las multas que se impongan por infracciones a las disposiciones sobre pesca continental, tendrán un valor comprendido entre el equivalente al salario mínimo legal de un día y el equivalente al salario mínimo legal de mil (1000) días, en concordancia con lo previsto en el Artículo 6, de la presente Ley.

Las multas que se impongan por infracciones a las disposiciones sobre pesca marina, tendrán un valor comprendido entre el equivalente al salario mínimo legal de un día y el equivalente al salario mínimo legal de mil (1000) días, en concordancia con lo previsto en el Artículo 6 de la presente Ley.

Las multas podrán ser sucesivas.

El capitán de la nave, el armador y los titulares del permiso de pesca, serán responsables solidarios de las sanciones económicas que se impusieren.

El INPA comunicará a la Dirección General Marítima y Portuaria, DIMAR, las infracciones en que incurran los capitanes de las embarcaciones pesqueras para que éste les imponga las demás sanciones que sean de su competencia."

Frente a la acusación del actor de que las normas transcritas desconocen el principio de legalidad de las faltas y las sanciones, y el debido proceso, la Corte fijó los problemas jurídicos de la siguiente manera:

“¿si el Artículo 53 de la Ley 13 de 1990, al prescribir que toda acción u omisión que transgreda las disposiciones reglamentarias de pesca constituye infracción, desconoce el principio de legalidad, el debido proceso y la reserva de ley (arts. 6, 29 y 150 C.P.)?”

¿si la expresión **“o contraviniendo las disposiciones que las regulan”** del numeral 1º del Artículo 54 de la Ley 13 de 1990, al establecer prohibiciones indeterminadas, desconoce los principios de legalidad y debido proceso (arts. 6 y 29 C.P.)?

¿si la expresión **“fines no autorizados”** del numeral 8º del Artículo 54 de la Ley 13 de 1990, al establecer prohibiciones indeterminadas, desconoce los principios de legalidad y debido proceso (arts. 6 y 29 C.P.)?

¿si la facultad que el legislador le confiere al Gobierno Nacional en el numeral 12 del Artículo 54 de la Ley 13 de 1990, para que en virtud de la potestad reglamentaria prescriba conductas prohibidas en la actividad pesquera, infringe la garantía de reserva de ley, prevista en los Artículos 29 y 150 de la Constitución Política?

¿si la expresión **“reglamentarias sobre la materia”** del inciso primero del Artículo 55 de la Ley 13 de 1990, al habilitar la configuración reglamentaria de sanciones en materia de pesca, vulnera los principios de legalidad y de reserva de ley (Artículos 6 y 150 de la Constitución Política)?

¿Si la expresión **“a una o más de las siguientes sanciones”**, del primer inciso del Artículo 55 de la Ley 13 de 1990, al permitir la imposición de más de una sanción por la comisión de una misma conducta, quebranta el debido proceso (Artículo 29 de la Constitución Política)?

¿Si el penúltimo inciso del Artículo 55 de la Ley 13 de 1990, al establecer la solidaridad legal entre el capitán de la nave, el armador y los titulares del permiso de pesca, infringe el derecho al debido proceso (Artículo 29 C.P.)?” (Subrayado, cursiva y negrilla textuales).

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Corte realiza una amplia exposición sobre la protección del medio ambiente y de los recursos naturales en la Constitución de 1991.

Sobre la materia pertinente a este concepto, se precisa:

“9. Los límites de la potestad reglamentaria en la configuración de tipos sancionatorios

(...)

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el reglamento cumple su función complementaria del texto legal, en tanto no contraría el principio de reserva de ley, razón por la cual, es necesario que establezca un núcleo esencial que está conformado por las conductas típicas y las sanciones. Así, la norma reglamentaria establecerá las especificaciones o graduaciones que sean necesarias. En este sentido se pronunció esta Corporación en la Sentencia C-1005 de 2008:

‘(...) A este respecto resulta importante recordar que cuando existe reserva de ley, se establece la obligación de regular el tema mediante normas con fuerza de ley y la potestad reglamentaria únicamente podría ejercerla el Presidente sobre aspectos marginales y muy puntuales. Cosa distinta sucede cuando no se presenta reserva de ley, por cuanto en tal evento, la materia puede ser regulada tanto por normas legales como reglamentarias. De todos modos, este Tribunal ha insistido en que el desarrollo de la potestad reglamentaria por el Gobierno exige que la ley haya configurado previamente una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual, el Gobierno puede ejercer la función de reglamentar la ley con miras a su debida aplicación, que es de naturaleza administrativa, y está entonces sujeta a la ley. Y es que si el Legislador no define esa materialidad legislativa, estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley. El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria, ha dicho esta Corte, es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar.’

A la luz de la jurisprudencia citada, es inconstitucional que la norma legal le otorgue a la administración la potestad genérica de establecer vía reglamento infracciones y sanciones administrativas. Sin embargo, en este punto conviene precisar que, si bien es cierto en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los reglamentos, - con el fin de complementar el tipo allí descrito-, también lo es que la remisión se encuentra limitada al núcleo esencial de lo que se ha estipulado en la ley. De allí que la tipificación para la descripción de la conducta y la sanción, corresponde por mandato constitucional al legislador, mientras que la aplicación de la misma para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito, concierne a la administración”.

Prosigue la Corte con el examen particular del artículo 53, transcrito al comienzo de este acápite:

“Esta disposición comporta la descripción de una infracción genérica que sólo logra completarse mediante la técnica del reenvío a tres ámbitos normativos diversos, a saber: (i) a las infracciones contempladas en el propio Estatuto de Pesca (Ley 13 de 1990), (ii) a todas las infracciones previstas en otras leyes que regulen la pesca en Colombia, y (iii) a todas las infracciones previstas en los reglamentos de pesca.

En función de las materias analizadas, la Corte encuentra que la estipulación de una infracción genérica no quebranta *per se* el ordenamiento constitucional, siendo que esta es determinable a partir de la concreción que sistemáticamente alcanza a través de las otras normas que el legislador haya dispuesto, ya sea en el propio Estatuto de

Pesca o en otras leyes que regulen la materia. En efecto, el Artículo 54 de la Ley 13 de 1990 de manera expresa consagra un listado de doce prohibiciones constitutivas de infracción, con lo cual adquiere un contenido determinado la previsión genérica objeto de demanda. A esta conclusión se arriba, por la elemental razón de que al ser el legislador quien expresamente dispuso las infracciones, en todo momento se salvaguardan los principios de legalidad y de reserva de ley.

Sin embargo, no es posible predicar lo mismo en cuanto a la remisión efectuada a las normas reglamentarias, puesto que ello supone que el ejecutivo quede investido de manera permanente para establecer infracciones mediante la expedición de actos administrativos de carácter general. Esta medida comporta un reenvío impreciso que impide determinar en qué consiste la conducta prohibida, quedando a la discrecionalidad de la autoridad administrativa su configuración y, con ello, se quebranta la exigencia constitucional de tipicidad y reserva legal, imperativa en el derecho administrativo sancionador. En palabras de la Corte:

“Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta.”⁵⁵

En cuanto al reglamento, conviene precisar que es distinta la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en cuanto a su capacidad para dictar normas que desarrollan las leyes, ya sean decretos, reglamentos, circulares, instrucciones, resoluciones o directrices (Art. 189 numeral 11 C.P.), que la actividad reglamentaria de los organismos administrativos para aplicar las normas, entre estas las que ha expedido el ejecutivo; competencia que tiene por fundamento la función administrativa consagrada en el Artículo 209 de la Constitución Política. En tal sentido, la autoridad pesquera está facultada para emitir actos administrativos en aplicación del régimen de pesca contenido en la Ley 13 de 1990 que determinen los aspectos de orden técnico y biológico, como las técnicas de captura, la tecnologías en las embarcaciones, la implementación de redes mecanizadas, la instalación de medios para procesar y conservar alimentos, las especies en riesgo de extinción, la pesca de especies prohibidas para el consumo humano, las tallas mínimas de captura de las especies y los periodos de veda son susceptibles de la actividad regulatoria por la autoridad administrativa pesquera. Sin embargo, en ningún caso la autoridad de pesca puede tipificar las conductas sancionables.

Con base en lo expuesto, la Sala concluye que las conductas prohibidas deben ser estipuladas por ley y cuando se remite su descripción detallada a una norma de menor nivel jerárquico, como el reglamento, corresponde al legislador delimitar su contenido a través de la configuración de los elementos estructurales del tipo,

⁵⁵ Sentencia C-1161 de 2000.

cuestión que no está dada en el artículo 53 de la Ley 13 de 1990, en cuanto al renvío normativo a los reglamentos.

Por esta razón, la Corte encuentra que, si bien el Artículo 53 de la Ley 13 de 1990 se ajusta a los parámetros de legalidad, debido proceso y reserva de ley, no obstante, la expresión “y reglamentos” es contraria a estos postulados constitucionales, al delegar por completo en la autoridad administrativa la confección de prohibiciones en materia sancionatoria pesquera y, en consecuencia, será declarada inexecutable en la parte resolutive de la presente providencia judicial”.

Por su parte, en relación con el numeral 12 del artículo 54 de la Ley 13 de 1990, igualmente transcrito al comienzo de este acápite, la Corte expresa que se trata de una habilitación *in genere* que el legislador le confiere al Gobierno Nacional para que mediante actos administrativos de carácter general prescriba otras conductas constitutivas de infracción al régimen pesquero, distintas a las ya estipuladas en la ley, cuestión que implícitamente conlleva una remisión a otro u otros cuerpos normativos de inferior jerarquía:

“Sobre las condiciones para que la técnica legislativa de la remisión sea constitucional, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

“La remisión normativa como técnica legislativa no es per se inconstitucional cuando se analiza desde la perspectiva del principio de tipicidad, puesto que es preciso verificar qué parte de la disposición en cuestión requiere completarse con otros preceptos jurídicos y si es posible efectivamente completar la norma cuestionada a partir de la lectura de las normas a las que se remite. Por tanto, no es posible inferir del principio de tipicidad que una remisión que el mismo legislador hace a otro instrumento normativo sea de suyo inexecutable. No obstante, para que la remisión sea constitucional la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto. Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se efectúe con el respeto debido al principio de tipicidad. Adicionalmente, a las personas no se les puede aplicar una descripción de la conducta sancionada efectuada con posterioridad a la realización de dicha conducta, porque ello desconocería el principio de lex previa.”⁵⁶

(...)

El establecimiento de la responsabilidad por transgredir las demás conductas que señale el reglamento, estipula una excepción al principio de reserva de ley en la enunciación de las conductas típicas, delegando por completo en el reglamento la creación de prohibiciones de las cuales se derivan consecuencias sancionatorias. Es, como puede observarse, la concesión de una atribución ilimitada en la materia y en el tiempo al reglamento para prohibir conductas plenamente autónomas y diferenciadas de las descritas en los otros numerales del Artículo 54 de la ley objeto de estudio. Al

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-343 de 2006.

hacer esto, el legislador violó el principio de legalidad comprendido dentro de la garantía del debido proceso, lo que a todas luces desborda el marco constitucional, porque el legislador no consagró de manera expresa los elementos estructurales del tipo sancionatorio que serán desarrollados vía reglamentaria.

Se desconoce el principio de reserva de ley, en tanto la facultad otorgada al Gobierno Nacional en la norma demandada, tiene como finalidad específica la configuración de nuevas conductas prohibidas, con lo cual se está trasladando la competencia para regular mediante una norma reglamentaria la materia reservada.

(...)

En este orden de consideraciones, es inconstitucional que la norma legal le otorgue a la administración la potestad genérica de establecer vía reglamento infracciones y sanciones administrativas. Si bien es cierto que en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los reglamentos, -con el fin de complementar el tipo allí descrito-, también lo es que la remisión se encuentra limitada al núcleo esencial de lo que se ha estipulado en la ley.

De acuerdo con lo anterior, el numeral 12 del Artículo 54 de la Ley 13 de 1990 será declarado inexecutable, por ser contrario a los artículos 29 y 150 de la Constitución Política”.

Los argumentos arriba transcritos también son empleados para declarar inexecutable la expresión “y reglamentarias” del primer inciso del Artículo 55 de la Ley 13 de 1990, en tanto *comporta* una remisión a una fuente jurídica de rango inferior, que deja la puerta abierta, sin establecer supuestos fácticos específicos, ya que no hay manera de determinar con claridad cuáles son las conductas sancionables, cediendo la tipificación a la discrecionalidad del operador administrativo.

Como puede verse, entonces, la infracción y la sanción deben estar contenidas en una norma de rango legal, la cual podrá hacer remisión a otra ley o a un reglamento, siempre y cuando queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. En tal sentido, es inconstitucional transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser competencia privativa del Legislador.

Sobre el punto, la sentencia C-619 de 2012 precisó que “[l]a Corte Constitucional ha reconocido que hay asuntos que a pesar de tener reserva de ley pueden ser “delegadas” mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes, pero no pueden ser “deslegalizadas”, esto es, que el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución”.

En el caso de que el legislador no defina el marco de referencia concreto o la materialidad legislativa, estaría delegando en el Gobierno Nacional lo que la

Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, lo cual, - insiste la Sala- está proscrito.

c. Sentencia C-135 de 2016

Se demandó el artículo 32 de la Ley 1727 de 2014⁵⁷, que establecía:

(...)

ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y SANCIONATORIO. *Los miembros de Junta Directiva de las Cámaras de Comercio estarán sometidos al régimen disciplinario y sancionatorio establecido por el Gobierno Nacional y deberá contener el catálogo de conductas constitutivas de faltas graves, leves, levísimas y sanciones a las que haya lugar, consistentes en amonestaciones verbales o escritas, suspensión y destitución.*

Las Cámaras de Comercio y la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerán las facultades disciplinarias y sancionatorias bajo los procedimientos establecidos por el Gobierno Nacional e impondrán las sanciones a que hubiere lugar”.

El problema jurídico planteado por la Corte Constitucional fue del siguiente tenor: “¿Desconoce el Congreso de la República el principio de legalidad integrado por reserva de ley y tipicidad como parte del debido proceso administrativo sancionador, al delegar al Gobierno Nacional para que mediante acto administrativo establezca el régimen disciplinario y sancionatorio aplicable a los miembros de la Junta Directiva de las Cámaras de Comercio, facultándolo para definir el catálogo de conductas constitutivas de faltas y los procedimientos?”.

La Corte acoge los criterios expuestos a lo largo de este concepto, y particularmente reitera que la reserva de ley limita la potestad reglamentaria porque exige que ciertos asuntos sean regulados por normas de rango legal, sin que ello implique el vaciamiento de la competencia del reglamento para desarrollar aspectos puntuales de materias dispuestas por el legislador, cuando ellas se circunscriben a un marco de referencia concreto dado por este. ~~Lo anterior significa que si bien el Congreso no está obligado a desarrollar de manera íntegra todas las materias, debe delimitar los temas para evitar ambigüedades y debe fijar reglas específicas para que opere la debida ejecución de la ley.~~

Sobre este último punto, alude a la noción citada en la Sentencia C – 699 de 2015 sobre que en determinados casos la naturaleza misma de las materias objeto de regulación no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias a efectos de permitir su cumplida ejecución, y que en tales casos el contenido de la reserva está referido al núcleo esencial de la materia

⁵⁷ “Por medio de la cual se reforma el Código de Comercio, se fijan normas para el fortalecimiento de la gobernabilidad y el funcionamiento de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones”.

reservada, de tal manera que el reglamento se limite a desarrollar, complementar y precisar lo que ya ha sido de manera expresa contemplado en la ley.

En este contexto, se reitera que corresponde al legislador regular directamente el núcleo de las materias reservadas, el objeto propio de la reserva, sin perjuicio de la posterior especificación que, en ciertos supuestos, se deje a la actuación administrativa.

Frente al principio de tipicidad, se afirma su carácter flexible en materia administrativa sancionatoria, bajo la aceptación del uso de conceptos jurídicos indeterminados y de tipos en "blanco", siempre y cuando sean determinables de forma razonable con el fin de que sea posible definir su alcance en virtud de remisiones normativas a otras leyes o a los reglamentos, o de criterios técnicos que señalen con precisión los comportamientos prohibidos y sancionados.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Corte declaró la inexecutable del artículo 32 de la Ley 1727 de 2014, porque:

"(...)Desconoce el artículo 29 de la Constitución Política, relacionado con la afectación al principio de legalidad -reserva de ley y tipicidad- como pilar del derecho proceso (sic) administrativo sancionador. Lo anterior por cuanto (i) delegó en el Gobierno Nacional como autoridad administrativa, la potestad abierta de fijar el catálogo de conductas constitutivas de faltas disciplinarias y sancionatorias aplicables a los miembros de la Junta Directiva de las Cámaras de Comercio, sin contar con un marco de referencia legal claro, cierto y razonable que así lo permitiera; y, (ii) fijó en el Gobierno Nacional la competencia para establecer los procedimientos que guían este régimen disciplinario y sancionatorio especial, desconociendo la reserva legal que opera en la materia y que le impone definir los lineamientos básicos del trámite administrativo sancionador".

d. Sentencia C-092 de 2018

Se demandó el artículo 208 de la Ley 1753 de 2015 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 'Todos por un nuevo país'"*, cuyo texto era el siguiente:

[...]

ARTÍCULO 208. SANCIONES DE LA SUPERSERVICIOS. *Modifíquese el numeral 81.2 y adiciónense dos párrafos al artículo 81 de la Ley 142 de 1994, los cuales quedarán así:*

"81.2. Multas hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales para personas naturales y hasta por el equivalente a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales para personas jurídicas. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que

aquí se prevén. Los recursos producto de las multas que imponga esta Superintendencia ingresarán al Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución”.

“Parágrafo 1o. Sobre las multas a las que hace referencia el numeral 81.2 del presente artículo, el Gobierno Nacional dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley reglamentará los criterios y la metodología para graduar y calcular las multas. En todo caso la reglamentación del Gobierno Nacional tendrá en cuenta criterios como el impacto de la infracción sobre la prestación del servicio público, el tiempo durante el cual se presentó la infracción, el número de usuarios afectados, el beneficio obtenido por el infractor, la cuota del mercado o el beneficio económico que se hubiere obtenido producto de la infracción.

La reglamentación también incorporará circunstancias de agravación y atenuación como el factor de reincidencia, la existencia de antecedentes en relación con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta.

PARÁGRAFO 2o. La facultad que tiene la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer una sanción por la violación del régimen de prestación de los servicios públicos caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado”.

La Sala cita este pronunciamiento, toda vez que es el más reciente de la Corte Constitucional en el que se examina el alcance de la potestad reglamentaria en materia administrativa sancionatoria, en particular sobre la observancia del principio de legalidad de las faltas y de las sanciones.

Para adoptar la decisión la Corte acude principalmente al precedente fijado en la sentencia C – 699 de 2015, y procede a declarar la inexecutable de la norma demandada puesto que incorpora “una delegación *in genere* al Gobierno Nacional para que reglamente las modalidades de graduación de las sanciones que impone la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Esa delegación, advierte la Sala es absoluta y permite que la potestad reglamentaria se ejerza de manera absolutamente discrecional (...) Es decir, no se puede otorgar a la administración la potestad genérica de establecer vía reglamento infracciones y sanciones administrativas, pues se trata de una disposición de carácter sancionatorio que por su naturaleza, en principio, tiene reserva de ley ordinaria, y debe en todo caso respetar el debido proceso en punto a la legalidad y tipicidad, prevista en el inciso 2º del artículo 29 de la Carta Política”.

4. Principio de legalidad de las faltas y las sanciones y “colaboración” del reglamento en el derecho comparado

4.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

“ARTÍCULO 7 No hay pena sin ley.

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida (...).”

En el Caso *Öztürk c. Alemania*, sentencia del 21 de febrero de 1984, asunto N° 8544/79, relacionado con sanciones administrativas establecidas en la normatividad vial de la República Federal Alemana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que tales sanciones no pueden ser sustraídas del “ámbito de aplicabilidad de las garantías reconocidas” en el CEDH.

Respecto del principio de legalidad de las penas, el Tribunal Europeo sostiene que “las conductas sancionables deban ser definidas de forma clara y precisa en la ley”, bajo las garantías de reserva de Ley y tipicidad. La definición de la conducta sancionable “en un reglamento no es de por sí contraria a las normas convencionales, siempre que el acto en que esté descrita dicha conducta sea conocible, de fácil acceso y permita efectivamente el conocimiento de las acciones y omisiones que podrían determinar el ejercicio del *ius puniendi* estatal”⁵⁸.

En todo caso comenta Bertazzo que la interpretación “amplia del principio de legalidad realizada por el TEDH se justifica, en parte, en consideración de las distintas familias legales a las cuales pertenecen los Estados partes del Convenio. Sin embargo, resulta discutible su aplicación respecto de casos relativos a ordenamientos jurídicos en que el principio de la reserva legal⁵⁹ es consagrado constitucionalmente, como sería el caso español y, como se ha visto, el colombiano.

2. España.

El principio de legalidad de las faltas y las sanciones para las actuaciones administrativas se deduce del artículo 25 de la Constitución española:

⁵⁸ Silvia Bertazzo, 2015. “El derecho administrativo sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. La autora cita como precedente el “caso *Cantoni*”. Disponible en <http://laadministraciondial.inap.es/noticia.asp?id=1504968#nota72>. Consultado 1 de marzo de 2019.

⁵⁹ *Ibidem*.

“Artículo 25. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento...”.

La redacción de la norma originó en su momento un problema interpretativo relacionado con el término “*legislación*”, que bien “(...) podría ser entendido en sentido estricto como una reserva de ley formal (al igual que ocurre con las penas), o en un sentido más amplio como se utiliza comúnmente en el derecho privado de ‘norma jurídica’, con lo que quedaba abierta la posibilidad al Reglamento para tipificar tanto las infracciones como las sanciones administrativas”⁶⁰.

No obstante, se afirma que desde la sentencia del 8 de marzo de 1981, el Tribunal Constitucional Español señaló que el artículo 25 abarcaba la garantía de reserva de ley, tipicidad e irretroactividad para las sanciones administrativas⁶¹. Posteriormente la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de marzo de 2001, sostuvo:

“El artículo 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora que constituye un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental, que en sentido material, supone una concreción del principio de seguridad jurídica y, en sentido formal, exige el rango formal de ley”.

Ahora, frente a los principios de reserva de ley y tipicidad en materia administrativa, las sentencias del Tribunal Constitucional 77 de 1983, 83 de 1984 y 2 de 1988, señalaron que no tienen un carácter absoluto (criterio de las “*matizaciones*” o “*modulaciones*”) sino que “*admiten la colaboración del reglamento*”. Dicho criterio general fue acogido por el Tribunal Supremo, en sentencia del 30 de marzo de 2001:

“La normativa sancionadora resulta constitucionalmente lícita cuando es la ley la que ha de servir de cobertura y quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer”.

Por “*suficiente*” entendió el Tribunal que la Ley no puede ser “*tan escueta o escasa que quede un campo libre, abierto e ilimitado al reglamento*”. Como puede apreciarse, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo es, en esencia, el mismo que ha expuesto la Corte Constitucional colombiana, según puede apreciarse en el recuento realizado en este concepto.

⁶⁰ Nicolás Lucas, Asunción, en “*Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*”, obra colectiva dirigida por Huergo Lora, Alejandro. Primera edición, 2018. Editorial Iustel, Madrid.

⁶¹ *Ibidem*.

Ahora, al incursionar más precisamente en lo que se entiende por “*colaboración del reglamento*”, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 162 del 15 de diciembre de 2008, afirmó:

“La garantía formal, de exigencia de reserva de ley en materia sancionadora, tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Por tanto, la garantía formal implica que la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos en la ley”.

Como puede advertirse en la Ley 40 del 1 de octubre de 2015, “*de régimen jurídico de del sector público*”, los criterios jurisprudenciales fueron llevados al derecho positivo, así:

“Artículo 27. Principio de tipicidad.

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica⁶².

Como se observa, al igual que en Colombia, la “colaboración” del reglamento está sujeta a unos límites que impiden otorgar potestades genéricas a la Administración para tipificar infracciones y sanciones, o que la ley acuda a formulaciones abiertas que llevan a la Administración a establecer unas y otras.

Recuerda Muñoz Machado (2011), que no caben fórmulas como las que consideran “en general”- constitutivas de infracción determinadas conductas, “o las que usan fórmulas residuales que consideran igualmente infracción cualquier otra conducta no específicamente relacionada en las listas de tipos que contienen

⁶² Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566&p=20151002&tn=1#a27>. Consultado: 4 de marzo de 2018

expresamente las normas⁶³, para lo cual cita como ejemplo las sentencias del Tribunal Constitucional 81 y 97 del 23 de marzo y 27 de abril de 2009, respectivamente.

En consecuencia, como lo señala Nieto (2012), la *“colaboración reglamentaria no supone una excepción a la reserva de ley sino una modalidad de su ejercicio. La ley, si quiere, puede agotar por sí sola la regulación necesaria en la materia; pero también puede decidir quedarse incompleta, dejando huecos en blanco, y encomendar a un reglamento que regule el resto de acuerdo con las instrucciones y pautas que le proporciona”*⁶⁴. (Las cursivas son del texto).

Lo expuesto lleva inevitablemente a analizar las conocidas infracciones o tipos en “blanco”, a las cuales había hecho alusión la Sala al señalar los elementos del principio de tipicidad, problemática que también ha sido estudiada en el derecho español. Así, el Tribunal Supremo en sentencia del 15 de septiembre de 1998, argumentó:

“La validez de la integración de las normas sancionadoras en blanco se halla circunscrita a que el reenvío sea expreso, que la norma en blanco contenga el núcleo esencial de la prohibición estando directamente relacionado con él la norma que cumple la función de integración y que se halle justificado en razón al bien jurídico protegido por una u otra y que con ello se satisfaga la necesaria exigencia de certeza para que la conducta calificada de infractora quede perfectamente precisada salvaguardando la función de garantía del tipo...”

El pronunciamiento transcrito es un poco más restrictivo que lo dispuesto por la jurisprudencia colombiana en lo que respecta al uso de los “tipos en blanco”, toda vez que además de la exigencia común de que la norma establezca el núcleo esencial de la infracción y que el reenvío o remisión sea expreso, en España se exigiría una relación o nexo directo con la disposición que cumple la función de integración y el bien jurídico tutelado por una u otra, lo que configura un requisito de certeza en la tipificación de esas conductas.

Ahora, la Sala estima que la denominación normas o tipos en “blanco”, noción que hace parte de la dogmática del derecho penal, debe ser precisada para el derecho administrativo sancionador, en la medida en que no puede ser entendida como una norma “carente de contenido, cuando en realidad no es así”, según Nieto. Por eso comparte el criterio de dicho autor cuando señala que: “Una Ley en blanco no es un ‘cheque en blanco’ que el Ejecutivo puede llenar a su gusto, sino una ley incompleta (por su contenido) o una ley de remisión (por su función) que,

⁶³ Muñoz Machado, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, tomo IV, La Actividad Administrativa, 2011, Madrid, Editorial Iustel.

⁶⁴ Nieto García, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. Quinta Edición, 2012. Madrid, editorial Tecnos.

consciente de sus carencias, encomienda efectivamente al Reglamento la tarea de completarla, aunque cuidándose de indicarle cómo”⁶⁵.

Así las cosas, a juicio del autor citado, no es que el reglamento supla los “olvidos de la ley” sino que completa lo que esta ha dejado de forma deliberada solamente esbozado (el núcleo esencial de la conducta infractora). Es en dicho contexto que se habla de “colaboración” del reglamento, sin que se llegue a la “sustitución” de la Ley, toda vez que en este caso sería inconstitucional pues ya no sería una remisión normativa sino una “deslegalización”, que es lo proscrito por la Constitución, tanto en España como en Colombia, en los términos que han sido expuestos en este concepto.

Por último, en cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados, se permite su uso para la tipificación de las conductas, pero para que cumplan el principio de legalidad de las faltas y las sanciones previsto en el artículo 25 de la CE, “se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia”⁶⁶, criterio que de manera idéntica acogió la Corte Constitucional colombiana.

5. Recapitulación

Para la Sala el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones previsto en el artículo 29 CP, debe observarse para establecer las infracciones administrativas y las sanciones correspondientes en todos los ámbitos regulados, dentro del contexto del “Estado Regulador”, incluido el sector del transporte terrestre. Dicho principio, como quedó expuesto, se manifiesta en las dimensiones reserva de ley y tipicidad.

La jurisprudencia -constitucional y del Consejo de Estado-, ha permitido cierta flexibilización del principio de tipicidad, lo que se expresa en describir los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, así como la determinación del tipo y cuantía de las sanciones que serán impuestas. En otras palabras, es necesario que el Legislador incluya un contenido mínimo o adopte las decisiones básicas relativas a la definición, los alcances, los fines de las infracciones y sanciones, bajo lo que sería una carga mínima de intensidad normativa⁶⁷.

En la tipificación de las infracciones, podrán preverse normas en “blanco” o incompletas, que no pueden ser entendidas como un “cheque en blanco” para ser llenado a voluntad por la Administración. Los tipos sancionatorios en “blanco” o

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Sentencia 151 de 1997 del Tribunal Constitucional.

⁶⁷ González López, Tesis Doctoral, op. cit.

incompletos se aceptan bajo remisiones normativas precisas o criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta.

Igualmente pueden utilizarse conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados.

Estima la Sala que la aplicación práctica y concreta del principio de tipicidad debe permitir a los destinatarios de la norma hacer un ejercicio de "*predictibilidad de la sanción*", según el cual la norma sancionatoria garantice que se puedan predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción correspondientes.

Esto conlleva a que constitucionalmente no sean admisibles formulaciones tan abiertas (por su amplitud, vaguedad o indefinición), que la efectividad de la infracción o de la sanción prevista en la ley dependan de una decisión libre y arbitraria del intérprete o de la autoridad administrativa que ejerza la potestad sancionadora: la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la Administración en la imposición de las sanciones o las penas.

En cuanto a la posibilidad del reenvío normativo a decretos reglamentarios, corresponde al legislador delimitar el contenido de la sanción a través de la configuración de los elementos estructurales del tipo, por lo que la remisión a la norma reglamentaria debe permitir su cumplida ejecución. En tales casos, el contenido de la ley estará referido al núcleo esencial de la materia reservada, de manera que el reglamento se limite a desarrollar, complementar y precisar lo que ya ha sido de manera expresa previsto en la ley. Es aquí donde el reglamento cumple una función de "*colaboración*" o complementariedad.

En consecuencia, la Constitución no permite otorgar a la Administración la potestad genérica de establecer vía reglamento infracciones y sanciones administrativas -pues tienen reserva de ley ordinaria-, y debe en todo caso respetar el debido proceso en punto a la legalidad y tipicidad, previstas en el inciso 2 del artículo 29 de la Carta Política.

C. Los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos

1. Reglas generales

En concordancia con el artículo 237 de la Constitución Política (CP), el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está

instituida para conocer, entre otros, de las controversias y litigios originados en actos sujetos al derecho administrativo en los que estén involucradas entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

En relación con los actos administrativos de carácter general, el artículo 137 del CPACA (texto que en términos generales corresponde al antiguo artículo 87 del C.C.A), prevé que toda persona puede solicitar que se declare su nulidad, la cual procederá "cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió".

Por su parte, el artículo 189 del CPACA, en relación con los efectos de la sentencia establece que cuando se declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso esta tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*.

2. Los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad sobre actos administrativos generales

Como lo sostuvo la Sala en el Concepto 2195 de 2014, por regla general la anulación de actos administrativos tiene efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento en que se profirió el acto anulado por la jurisdicción, lo que implica predicar que el acto no existió ni produjo efectos jurídicos.

Bien lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado al decir:

"Esta Corporación ha precisado en reiterados pronunciamientos que la nulidad de un acto administrativo declarada por la vía jurisdiccional implica el reconocimiento de que desde su expedición estaba viciado. Razón por la cual, la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc, es decir, que desaparece el velo de su aparente legalidad, desde el momento mismo de su emisión, lo que hace que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su expedición, no teniendo vocación de generar ningún efecto jurídico..."⁶⁸

No obstante, precisa la Sala, al retrotraerse las cosas al estado anterior a la expedición del acto, solo se afectarán aquellas situaciones no consolidadas o las que al tiempo de producirse el fallo eran objeto de debate o susceptibles de ser controvertidas ante las autoridades judiciales o administrativas⁶⁹.

Pese a que generalmente los efectos de los fallos de nulidad de los actos administrativos son retroactivos, existen excepciones legales y jurisprudenciales a dicha regla:

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 2 de abril de 2009. Radicación número: 2007-00036.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 18 de octubre de 2012. Radicación número: 2010-00014.

- i) El artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 dispone que, cuando el Consejo de Estado se pronuncia en sede de nulidad por inconstitucionalidad sobre los decretos dictados por el Gobierno Nacional, los efectos de la sentencia son hacia el futuro.
- ii) En la misma vía, el legislador ha establecido que cuando se anula un acto administrativo relacionado con servicios públicos (Ley 142 de 1994, artículo 38) o se declara la nulidad del acto de inscripción y calificación en el registro único de proponentes (Ley 1150 del 2007 modificada por el Decreto 19 de 2012, artículo 6), los efectos del fallo son también *ex nunc*, hacia el futuro.⁷⁰
- iii) En el ámbito jurisprudencial se encuentra que la Sección Quinta del Consejo de Estado⁷¹ ha sostenido que en algunos casos es necesario modular en el tiempo los efectos de los fallos de nulidad.

Es de anotar que en el libro titulado *“Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana”* se cita la decisión del 11 de mayo de 2004 adoptada por la Asamblea de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado francés en la que se manifestó la necesidad de acudir a la modulación temporal de los efectos en sede de nulidad de los actos administrativos:

“(…) la nulidad de un acto administrativo implica, en principio, que el acto se reputa no haber existido jamás. Sin embargo, si el efecto retroactivo de la nulidad puede generar consecuencias manifiestamente excesivas, en razón de los efectos que este acto pudo producir y, de las situaciones que pudieron constituirse durante su vigencia, si es de interés general mantener temporalmente sus efectos, puede el juez

⁷⁰ Ley 142 de 1994, artículo 38: “ARTÍCULO 38. EFECTOS DE NULIDAD SOBRE ACTOS Y CONTRATOS RELACIONADOS CON SERVICIOS PÚBLICOS. La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos sólo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe.”

Ley 1150 del 2007, artículo 6, modificado por el Decreto Ley 19 de 2012:

“ARTÍCULO 6o. DE LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES

(…)

6.3. De la impugnación de la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). (…)

En firme la inscripción, cualquier persona podrá demandar su nulidad en desarrollo de la acción prevista en el Código Contencioso Administrativo. Para el efecto será competente el Juez de lo Contencioso Administrativo en única instancia.

La presentación de la demanda no suspenderá la inscripción, ni será causal de suspensión de los procesos de selección en curso en los que el proponente sea parte. El proceso se tramitará por el procedimiento ordinario a que se refiere el Código Contencioso Administrativo. Adoptada la decisión, la misma sólo tendrá efectos hacia el futuro.”

⁷¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 6 de octubre de 2011. Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00120-00.

administrativo (...) decidir una limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad (...) como una excepción al principio del efecto retroactivo de las anulaciones (...) y decidir que todo o una parte de los efectos anteriores del acto se deberán considerar como definitivos e, incluso, que la anulación será efectiva en una fecha posterior que el juez determine.”⁷²

Revisados los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo, descenderá la Sala al análisis de la sentencia proferida por el Consejo de Estado que declaró la nulidad de varias disposiciones del Decreto Reglamentario 3366 de 2003.

3. La sentencia del 19 de mayo de 2016 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado⁷³

Mediante la citada sentencia se resolvieron las acciones de nulidad (acumuladas) instauradas contra el Decreto Reglamentario 3366 de 21 de noviembre de 2003, “Por el cual se establece el régimen de sanciones por infracciones a las normas de transporte público terrestre automotor y se determinan unos procedimientos”, expedido por el Gobierno Nacional.

Como se advirtió al comienzo de este concepto, la posición de la Sala es que los fallos judiciales se explican por sí mismos. No obstante, dado que la consulta versa sobre sus efectos e incidencias en actos administrativos y actuaciones administrativas en curso, corresponde extraer de la decisión judicial en comento elementos que servirán para resolver la consulta, así:

i) El problema jurídico: Determinar si los artículos 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, y 57 del Decreto 3366 de 2003 están o no viciados de nulidad por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria por desconocimiento de la reserva de ley en materia sancionatoria.

Para resolver dicho problema la Sección Primera analizó lo relativo a la potestad reglamentaria, el principio de legalidad y la reserva de ley.

ii) Análisis de la Sección Primera: Señaló que en las demandas acumuladas, el argumento fundamental sostiene que las normas demandadas exceden las funciones otorgadas por la Ley 336 de 1998, toda vez que el Decreto 3366 de 2003, señaló unas conductas que no tienen “respaldo legal y unos rangos de multas en SMMLV, para las conductas sancionadas,

⁷² Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2013. Página 434.

⁷³ Radicado número: 11001 03 24 000 2008 00107 00 - Acumulado: 11001 03 24 000 2008 00098 00.

limitándolas entre: 1 a 3, 3 a 5, 6 a 10 y de 11 a 15 SMMLV". En este sentido, los actores sostienen que el artículo 46 de la Ley 336 de 1996 ya dispuso lo pertinente al señalamiento del rango, para establecer las multas a las conductas sancionables entre uno (1) SMMLV y setecientos (700) SMMLV.

Al respecto cita varios precedentes jurisprudenciales emanados de esa Sección en los que ha determinado que en el ordenamiento jurídico colombiano "el régimen sancionatorio en materia de tránsito es del resorte exclusivo del legislador y que, en tal sentido, "ninguna de las disposiciones del Código Nacional de Tránsito Terrestre ni de la Ley 336 de 1996 le atribuyen facultades al ejecutivo para tipificar infracciones y menos aún para determinar las sanciones respectivas."

Sobre el particular la Sección Primera "prohíja el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 16 de octubre de 2002, rad. N° 1.454, M.P. Dra. Susana Montes de Echeverri", que en lo pertinente estableció:

"De conformidad con el capítulo noveno de la Ley 336 de 1996, ... Las autoridades administrativas de transporte, ... en ejercicio de la función de control y vigilancia que la Constitución y la ley les atribuye – como función presidencial podrán, como facultad derivada, imponer a quienes violen las normas a las que deben estar sujetos, según la naturaleza y la gravedad de la falta, las sanciones tipificadas por la ley, cuando se realicen o verifiquen los supuestos fácticos previstos por el legislador para su procedencia, supuestos que determinan y limitan la competencia de las autoridades administrativas de control y vigilancia".

La decisión judicial en comento explica que si bien el Gobierno Nacional ejerce la potestad reglamentaria para la debida ejecución de las leyes, no puede excederla, por lo que revisadas las normas demandadas "encuentra la Sala que las conductas por las cuales se sanciona a los propietarios, poseedores, tenedores y los conductores (...), no están soportadas o tipificadas en la ley"

En esa medida, la sentencia sostiene que el acto está viciado de nulidad, "lo que impone acceder a las pretensiones de la demanda, pues ciertamente el Gobierno al expedir la norma censurada excedió la potestad reglamentaria (...) porque como ya se dijo, si bien la ley ha señalado los sujetos que en materia de transporte público son sancionables y las sanciones que se pueden imponer, no ha tipificado o descrito las conductas consagradas como sancionables".

iii) Decisión: "**PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD** de los artículos 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, y 57 del Decreto 3366 de 2003 por las razones expuestas en esta providencia". (Resaltado y mayúsculas textuales).

Como se observa, la Sección Primera en la sentencia descrita aplica los principios de reserva de ley y de legalidad de las faltas y las sanciones en materia sancionatoria administrativa, señala que los vacíos del Legislador no pueden ser “completados” con el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que ello implicaría un exceso de esa potestad y la consecuente declaratoria de nulidad del decreto (acto administrativo general) correspondiente, tal como ocurrió en el caso de las normas demandadas del Decreto 3366 de 2003.

Dado que la Sala ya aludió a los efectos generales de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, los cuales reitera en la medida en que la Sección Primera no moduló su decisión, pasará ahora a revisar los efectos de tal pronunciamiento judicial en relación con otros actos administrativos que dependen de aquellos declarados nulos, así como respecto de las actuaciones administrativas en curso.

D. La pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos

Entiende la Sala que se encuentran en curso actuaciones administrativas sancionatorias respecto del modo de transporte público terrestre automotor, las cuales se ven impactadas por la suspensión provisional y la declaratoria de nulidad de algunas disposiciones del Decreto Reglamentario 3366 de 2003, y por la manera como tales decisiones incidieron en la Resolución 10800 de 2003. Pasa la Sala en consecuencia a realizar el análisis correspondiente.

1. Noción general

El fenómeno de la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos es un tema que ha sido analizado de manera profusa por esta corporación⁷⁴. La línea jurisprudencial que se reconoce en estos pronunciamientos se funda en la idea de la *ejecutividad* de los actos administrativos. Esta misma idea fue expresada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-069 de 1995, providencia en la que el tribunal manifestó que, por definición, el acto administrativo “lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz”. Igualmente, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en la Sentencia del 12 de octubre de 2016 (expediente n.º 14438), sostiene que los actos administrativos tienen un atributo implícito que conduce tanto a su realización como a su obediencia.

En ese sentido, tal como fue señalado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia del 11 de febrero de 2016 (expediente n.º 2838-13), la fuerza

⁷⁴ Entre otras, ver Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 12 de octubre de 2006, expediente n.º 25000-23-27-000-2000-00959-01- 14438; Sección Quinta, Sentencia del 7 de junio de 2018, expediente n.º 47001-23-31-000-2001-00502-01; Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 11 de febrero de 2016, expediente n.º 2838-13; Sección Primera, Sentencia del 19 de febrero de 1998, expediente n.º 4490; Sección Cuarta, Sentencia del 30 de agosto de 2016, expediente n.º 19482; Sección Quinta, Sentencia del 4 de diciembre de 1995, expediente n.º 0533.

ejecutoria se materializa en la facultad reconocida a la Administración para que esta haga cumplir sus propios actos, sin que sea necesaria la mediación de otra autoridad pública.

Este carácter ejecutorio, del que se encuentran investidos todos los actos administrativos, está reconocido de manera expresa en el artículo 89 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma que prevé lo siguiente: *“salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional”*.

De acuerdo con la doctrina foránea, la fuerza ejecutoria de los actos administrativos es consecuencia del establecimiento de un *sistema de autotutela* que permite a la Administración encargarse de la gestión de sus propios intereses⁷⁵. García de Enterría explica este concepto en los siguientes términos: “la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”. El sistema de autotutela, según este planteamiento, tiene dos vertientes: una de carácter declarativo, en virtud de la cual la Administración se encuentra autorizada para adoptar determinaciones unilaterales encaminadas a conseguir el cumplimiento de los fines constitucionales que le atañen; y otra, de talante *ejecutivo*, que le permite garantizar la ejecución de tales actos administrativos. La distinción entre una y otra ha sido descrita por el autor citado del siguiente modo: “así como la autotutela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de la coacción frente a terceros”⁷⁶.

Ahora, así como se reconoce la fuerza ejecutoria del acto administrativo, la ley también establece la posibilidad contraria, vale decir, la de que tal fuerza ejecutoria desaparezca bajo ciertas circunstancias. El artículo 91 del CPACA, que reproduce en lo fundamental el contenido del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 -CCA-, dispone:

“ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.
Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso

⁷⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, duodécima edición, Madrid, Thomson Civitas, 2004.

⁷⁶ *Ibidem*.

Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

- 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
- 5. Cuando pierdan vigencia.” (Subraya la Sala)*

Para lo que al presente concepto interesa, es menester detenerse en la suspensión provisional y en la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo por desaparición de los fundamentos de derecho.

1.1. Suspensión provisional

El artículo 238 CP, establece la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

*“**Artículo 238.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.*

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo (CCA), vigente al momento de la demanda presentada contra el Decreto 3366 de 2003, disponía:

*“**Artículo. 152.- Modificado. Decr. 2304 de 1989, artículo. 31.** El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:*

- 1) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.*
- 2) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.*
- 3) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.” (Subraya la Sala).*

De las normas transcritas se deduce que la suspensión provisional es una medida cautelar propia de los procesos contencioso-administrativos en los que se discute la validez de los actos administrativos. Como lo enunció la Sala en el Concepto 1779 de 2006, criterio reiterado en el Concepto 2372 de 2018, su finalidad es doble: i) preservar la legalidad objetiva y ii) minimizar los perjuicios que se le puedan causar al particular afectado por la decisión manifiestamente ilegal, con la interrupción de la producción de sus efectos. La suspensión provisional inhibe o ataca la eficacia del acto jurídico, a partir de un juicio provisional de legalidad. Por esto se enumera dentro de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo.⁷⁷

La figura de la suspensión provisional como su nombre lo indica, tiene por finalidad dejar sin efectos un acto administrativo temporalmente, mientras se decide en definitiva sobre su legalidad. Suspendido el acto por decisión judicial en lo contencioso administrativo, no puede ser aplicado por la Administración ni exigir su cumplimiento.⁷⁸

En suma, la Sala sostuvo en el Concepto 2315 de 2016:

“La suspensión provisional del acto administrativo genera como consecuencia que este no pueda, hacia el futuro, seguir produciendo efectos jurídicos o ser aplicado por la administración, mientras se encuentre vigente dicha medida cautelar y hasta tanto se resuelva definitivamente su suerte en la sentencia.

Asimismo, a partir de la decisión que ordena la suspensión del referido acto, no es posible adelantar actuaciones administrativas con fundamento en él, pues en virtud del decreto de la medida cautelar, aunque el acto existe, ha perdido su fuerza ejecutoria.”⁷⁹ (Se subraya).

Como se verá mas adelante, la observancia del principio de tutela judicial efectiva permite que mediante la suspensión provisional se protejan los derechos fundamentales de las personas que pudieren ser desconocidos por el acto acusado.

1.2. Decaimiento del acto administrativo.

Sobre el particular, la doctrina de la Sala se encuentra recogida en los Conceptos 2195 de 2014⁸⁰ y 2372 de 2018, que se reiteran con este concepto. Allí se tuvo en

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de noviembre de 2006. Radicado 1779.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 20 de abril de 1993. Expediente 7894 y Sección Quinta. Auto del 13 de agosto de 2001. Expediente 2605.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de diciembre de 2016. Radicado 2315.

⁸⁰ Oportunidad en la que también se tuvo en cuenta lo dicho en los Conceptos 1213 de 1999 y 1491 de 2003, entre otros.

cuenta la jurisprudencia sobre la materia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional⁸¹, que se sintetiza así:

i) La Constitución habilita a la Ley para que consagre causales excepcionales a través de las cuales la misma Administración puede hacer cesar los efectos de los actos administrativos, como ocurre cuando desaparecen los fundamentos de hecho o de derecho del mismo acto administrativo;

ii) Respecto de las formas de extinción de los actos administrativos, generales o particulares y concretos, se ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias sobrevinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo; b) declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad; c) *declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular*; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta.

iii) En cuanto a actos administrativos particulares y concretos se citó en el Concepto 2195 la sentencia del 12 de octubre de 2012 de la Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación⁸², decisión que se pronunció sobre el reconocimiento de una prima técnica por parte del Rector de la Universidad Surcolombiana, con fundamento en el Decreto 2164 de 1991 que el Consejo de Estado declaró nulo mediante sentencia de 19 de marzo de 1998 -expediente 11955-. Se dijo:

"La sentencia de nulidad transcrita, sin duda alguna implicó la desaparición del fundamento legal del derecho otorgado a favor de los demandados, situación que implica el decaimiento del acto de reconocimiento de la prima técnica en discusión y por ende del acto que de éste se derivó, como es la Resolución No. 1293 de 2000, mediante la cual se modificó la fecha de reconocimiento de la prima técnica del señor Gilberto Montealegre Muñoz.

En efecto, la posterior nulidad de las normas reglamentarias que dieron lugar a la concesión del derecho, generaron el decaimiento de dicho acto y por ende la extinción de sus efectos jurídicos, despojando del derecho a los demandados del título jurídico que les permitía hacerlo exigible a partir del acaecimiento de tal

⁸¹ C-069 de 1995, entre otras.

⁸² Radicación número: 41001-23-31-000-2001-01070-01(0658-08).

situación, lo que sin duda alguna afecta la existencia jurídica del acto administrativo demandado contenido en la Resolución No. 4921 de 1999 y la posibilidad de su control judicial en función de un derecho que carece de amparo dentro del ordenamiento legal.

(...)

El fenómeno de decaimiento que acontece en el sub exámine respecto del acto generador del derecho en discusión, que no es otra cosa que la desaparición de su fundamento de derecho o de las razones de orden jurídico que motivaron su expedición con posterioridad a su nacimiento, implica a la luz del artículo 66 ibidem la pérdida de fuerza ejecutoria del mismo y la extinción de sus efectos jurídicos, lo que le resta obligatoriedad a su contenido y por ende lo sustrae como título jurídico válido para alegar el amparo o protección del derecho en el reconocido.

(...)

En cuanto a los efectos jurídicos de la pérdida de fuerza de ejecutoria por decaimiento, se dirá que estos surgen hacia el futuro, esto es, a partir de la ocurrencia de la circunstancia que dio lugar a ello, en este caso a partir de la sentencia que declaró la nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, fundamento o motivación legal del reconocimiento de la prima técnica, sin embargo, quedan a salvo las situaciones jurídicas que se hayan consolidado y pagado en aras de la seguridad jurídica y del principio de buena fe, consagrados constitucionalmente.

En tal sentido debe aclararse además, que en el presente caso nos encontramos frente a un derecho de tracto sucesivo y no frente a un derecho adquirido como tal que haya ingresado indefinidamente al patrimonio de su titular, pues la percepción del mismo se encuentra sujeta al mantenimiento de las condiciones que le dieron origen, razón por la que en el sub exámine los efectos jurídicos del decaimiento del acto de reconocimiento de la prima técnica operan de pleno derecho respecto de la situación de los demandados y no dependen ni se encuentran sujetos a la declaración judicial." (Subraya la Sala).

iv) En síntesis, el decaimiento del acto administrativo opera hacia el futuro y es un fenómeno que en nada afecta su validez ni contraría su presunción de legalidad⁸³, pues esta solamente puede ser desvirtuada por el juez.⁸⁴ Ocurre por ministerio de la ley, es decir que el acaecimiento de la causal *ipso jure* impide que la Administración pueda perseguir el cumplimiento de la decisión, de modo que las obligaciones allí contenidas quedan sin poder coercitivo respecto de sus destinatarios.⁸⁵

En consecuencia, el decaimiento comporta la pérdida de los efectos vinculantes del acto administrativo, es decir "se extinguen las obligaciones de cumplimiento y obediencia que se encuentran implícitas en el acto

⁸³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 25 de mayo de 2011. Rad: 2000-00580.

⁸⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera: Sentencia del 5 de julio de 2006, Rad.: 1999-00482.

⁸⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 21 de abril de 2017. Rad: 2011-00361.

administrativo” y es una *“situación jurídica que se da de pleno derecho”*, por tanto no se requiere adelantar ninguna actuación para que opere⁸⁶, salvo en el caso de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria, que a la luz del artículo 92 del CPACA, exige que el interesado se oponga a la ejecución del acto administrativo.

Expuesto el criterio de la Sala sobre la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, respecto de las causales de suspensión provisional y decaimiento, corresponde aplicarlos a la Resolución 10800 de 2003, así como a las situaciones fácticas relacionadas en la consulta.

2. Pérdida de ejecutoriedad de la Resolución 10800 de 2003

La Resolución 10800 de 2003 *“Por la cual se reglamenta el formato para el Informe de Infracciones de Transporte de que trata el artículo 54 del Decreto número 3366 del 21 de noviembre de 2003”*, fue proferida por el Ministerio de Transporte, con base en las facultades *“conferidas por los Decretos 2053 y 3366 de 2003”*, sin que se señale la norma específica de esos decretos que le sirve de fundamento.

Revisados sus considerandos se aprecia:

“Que el artículo 54 del Decreto número 3366 del 21 de noviembre de 2003, estableció que los agentes de control levantarán las infracciones a las normas de transporte en el formato que para el efecto reglamentará el Ministerio de Transporte y, que este informe se tendrá como prueba para el inicio de la investigación administrativa correspondiente;

Que con el objeto de facilitar a las autoridades de control la aplicación de las nuevas disposiciones establecidas en el decreto anteriormente mencionado, se hace necesario establecer una codificación de las infracciones a las normas de transporte público terrestre automotor”.

Por su parte, el artículo 54 del Decreto Reglamentario 3366 de 2003, establece:

“Artículo 54. Informe de infracciones de transporte. Los agentes de control levantarán las infracciones a las normas de transporte en el formato que para el efecto reglamentará el Ministerio de Transporte. El informe de esta autoridad se tendrá como prueba para el inicio de la investigación administrativa correspondiente”. (Se subraya).

De esta manera el objeto y contenido jurídico de la Resolución 10800 de 2003 es establecer una codificación para que los agentes de control *“levanten las infracciones a las normas de transporte”*, según las disposiciones establecidas en el Decreto Reglamentario 3366 de 2003. En otras palabras, la resolución *“codifica”* las

⁸⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 8 de junio de 2017. Rad: 2007-00423.

infracciones previstas en el citado decreto para "facilitar a las autoridades de control la aplicación" de sus disposiciones y, además, con el objeto de servir de prueba para el inicio de la investigación administrativa correspondiente.

Para constatar la anterior afirmación, resulta pertinente presentar a doble columna algunas de las infracciones previstas en el Decreto 3366 de 2003, que fueron declaradas nulas, frente a las "codificadas" en la Resolución 10800 de 2003:

Decreto Reglamentario 3366 de 2003	Resolución 10800 de 2003
<p>“Artículo 12. Serán sancionadas las empresas de transporte público colectivo de pasajeros y mixto del radio de acción metropolitano, municipal o distrital, con multa de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, que incurran en las siguientes infracciones:</p> <p>a) No suministrar la información que le haya sido solicitada y que no repose en los archivos de la entidad solicitante;</p> <p>b) Permitir la operación de los vehículos vinculados, sin portar los distintivos de la misma o los señalados por las disposiciones legales vigentes según la modalidad de servicio;</p> <p>c) Permitir la prestación del servicio en vehículos sin Tarjeta de Operación o con esta vencida.</p>	<p>“Artículo 1. Codificación. La codificación de las infracciones a las normas de transporte público terrestre automotor será la siguiente:</p> <p>Sanciones a las empresas de transporte público terrestre automotor colectivo, metropolitano, distrital y municipal de pasajeros o mixto</p> <p>(...)</p> <p>402 No suministrar la información que le haya sido solicitada y que no repose en los archivos de la entidad solicitante.</p> <p>403 Permitir la operación de los vehículos vinculados, sin portar los distintivos de la misma o los señalados por las disposiciones legales vigentes según la modalidad de servicio.</p> <p>404 Permitir la prestación del servicio en vehículos sin Tarjeta de Operación o con esta vencida.</p>
<p>d) No expedir a los propietarios de los vehículos vinculados un extracto en el cual se discriminen los rubros y montos cobrados y pagados por cada concepto derivado del contrato de vinculación;</p> <p>e) Permitir la operación de los vehículos, sin tener los elementos de identificación de rutas, el color o distintivo especial señalado por las autoridades para diferenciar el nivel de servicio o las tarifas que deben cobrar dichos automotores”.(Declarado nulo por la sentencia del 19 de mayo de 2016).</p>	<p>405 No expedir a los propietarios de los vehículos vinculados un extracto en el cual se discriminen los rubros y montos cobrados y pagados por cada concepto derivado del Contrato de Vinculación.</p> <p>406 Permitir la operación de los vehículos, sin tener los elementos de identificación de rutas, el color o distintivo especial señalado por las autoridades para diferenciar el nivel de servicio o las tarifas que deben cobrar dichos automotores” (Negrilla textual).</p>

El mismo ejercicio comparativo puede realizarse sobre los artículos 13, 14, 16, 18, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, y 57, frente a los diferentes “códigos” señalados en la Resolución 10800 de 2003 y la conclusión a la que se arribará es que existe un nexo inescindible entre los “códigos” y las “infracciones” suspendidas y luego declaradas nulas por la sentencia del 19 de mayo de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado. Corresponde a la Sala dilucidar los efectos jurídicos de tales decisiones judiciales frente a la Resolución 10800.

2.1. Suspensión provisional del Decreto 3366 de 2003 (parcial) y su impacto en la Resolución 10800 de 2003

Mediante providencia del 22 de mayo de 2008, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado (radicación 2008 – 00098), se decretó la suspensión provisional de los artículos 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, y 57 del Decreto 3366 de 2003, lo que significa que tales disposiciones dejaron de producir efectos desde el momento en que cobró ejecutoria la decisión judicial y, por lo mismo, las “infracciones” previstas en las normas suspendidas ya no podían ser fundamento para una sanción administrativa, toda vez que tales normas transgredían de manera “directa y manifiesta” el artículo 46 de la Ley 336 de 1996.

Es importante recordar que la acción impetrada en el citado proceso fue la de nulidad (simple), esto es, un control objetivo de legalidad cuya finalidad es la defensa del orden jurídico para que se excluya de él, en todo o en parte, un acto administrativo por ser contrario a las normas superiores en las que debería fundarse, o por vicios de competencia, de forma y procedimiento (expedición irregular), violación del derecho de audiencia y de defensa, o falsa motivación. En otras palabras, se busca someter a la Administración al “imperio del derecho objetivo”⁸⁷ para proteger a la comunidad de un actuar arbitrario de la Administración.

De esta manera es evidente que desde la ejecutoria de la providencia que decretó la suspensión provisional de los citados artículos del Decreto Reglamentario 3366 de 2003, tales normas dejaron de producir, hacia el futuro (*ex nunc*), efectos jurídicos, lo que implica que en adelante no podía imputarse infracción administrativa con base en ellas.

Ahora, dado que la Resolución 10800 de 2003 no fue demandada en el proceso citado y, por ende, sobre ella no recayó decisión alguna de suspensión provisional, cabe preguntarse si dicha resolución podía ser fuente de infracciones administrativas.

⁸⁷ Consejo de Estado, sentencia del 10 de agosto de 1961.

Una posición formalista llevaría a sostener que se trata de un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad y, por lo mismo, es vinculante para la Administración y los ciudadanos, por lo que la Resolución 10800 sería fuente de infracciones administrativas en el modo de transporte público terrestre automotor.

No obstante, la Sala no puede prohijar tal postura, dado el nexo inescindible entre las normas suspendidas del Decreto 3366 de 2003 y la Resolución 10800 del mismo año, que implica que materialmente esta deba correr la misma suerte de aquel.

En efecto, la medida cautelar de suspensión provisional pretende garantizar la efectividad y el cumplimiento de las decisiones judiciales, bajo el principio de la tutela judicial efectiva, esto es, proteger mientras dura el proceso los derechos que en él se controvierten, con el fin de garantizar la efectividad de la sentencia que finalmente se adopte. Lo anterior significa que si normas suspendidas del Decreto 3366 de 2003 transgredían de manera *"directa y manifiesta"* el artículo 46 de la Ley 336 de 1996, la Resolución 10800 tampoco puede producir efectos al derivarse directa e inescindiblemente de las normas suspendidas.

Como lo dijo la Sala en el Concepto 2315 de 2016: a partir de la decisión que ordena la suspensión de un acto administrativo, en este caso el referido Decreto 3366, no es posible adelantar actuaciones administrativas con fundamento en el mandato que se transgrediría si se pretendiera aplicar la Resolución 10800 de 2003.

Adicionalmente, las medidas cautelares *"tienen por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelanta y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado"*⁸⁸. Por tanto, pretender reconocer efectos a la Resolución 10800 para deducir de ella infracciones administrativas que materialmente son idénticas a las del Decreto 3366, suspendidas provisionalmente, haría nugatoria la decisión judicial adoptada por la Sección Primera del Consejo de Estado, y abriría las puertas a maniobras fraudulentas de la Administración en detrimento de los derechos de los ciudadanos.

Piénsese en que bajo un designio arbitrario cada decreto reglamentario tuviese como "gemelo" un acto o resolución administrativa que lo reprodujera materialmente, con la esperanza de que al ser suspendido el primero, se acudiera a la presunción de legalidad del segundo para imponerlo a los ciudadanos. Ello desquiciaría el sistema jurídico y haría inoperante el aparato judicial, con la consecuente deslegitimación de las Instituciones.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 523 de 2009.

Esa es la filosofía que inspiraba al antiguo artículo 158 del CCA, y que se mantiene en el actual artículo 237 del CPACA, según el cual:

Artículo 158. "Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dicto si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión..."

De esta manera, si lo que se pretende es que suspendida una norma por decisión judicial no pueda ser aplicada por la Administración, ni exigir su cumplimiento, incluso si se acude al artificio de su reproducción posterior, mucho menos resultaría aceptable que se pretendiera la aplicación de la norma suspendida mediante otra que corresponde a su simple reproducción y de menor jerarquía normativa -como la Resolución 10800-, contemporánea a ella.

Así las cosas, la aplicación de la Resolución 10800 de 2003 en el lapso comprendido entre la suspensión provisional del Decreto 3366 de 2003 y la sentencia proferida el 19 de mayo de 2016, resultaba improcedente toda vez que transitoriamente había perdido su fuerza ejecutoria al suspenderse los efectos del Decreto 3366 de 2003.

Por último y no por ello menos importante, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es una medida preventiva que *"busca la salvaguarda previa de derechos fundamentales por su violación y por el quebrantamiento de normas relevantes"*⁸⁹, así como evitar *"mayores consecuencias económicas desfavorables a la Entidad Pública Demandada, en caso que llegaran a prosperar las pretensiones de la demanda en la Sentencia, cuando sus efectos en virtud del tiempo se han incrementado notablemente"*⁹⁰.

Así las cosas, la aplicación de la Resolución 10800 de 2003 en el lapso de tiempo arriba indicado, no solo transgredió el derecho constitucional al debido proceso administrativo en su dimensión de inobservancia del principio de legalidad de las faltas y las sanciones, sino que ha generado múltiples procesos judiciales en contra de la Superintendencia de Transporte⁹¹, tal como consta en las sentencias aportadas en la audiencia celebrada el 13 de febrero de 2019, en los cuales los jueces de instancia han condenado a esa Superintendencia por sancionar a sujetos

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto del 12 de septiembre de 2002, expediente 3685-02, citado por la Sala en el Concepto 1779 de 2006.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ De conformidad con la denominación prevista en el Decreto 2409 del 24 de diciembre de 2018, "Por el cual se modifica y renueva la estructura de la Superintendencia de Transporte y se dictan otras disposiciones".

de derecho con base en la citada Resolución⁹², circunstancia que se torna irreversible con la declaratoria de nulidad decretada mediante la sentencia del 19 de mayo de 2016.

2.2. Declaratoria de nulidad parcial del Decreto 3366 de 2003. Decaimiento de la Resolución 10800 de 2003

El ejercicio comparativo realizado -al comienzo de este punto- entre el Decreto 3366 y los “códigos” de la Resolución 10800, indica que tales “códigos” se fundamentan en las “infracciones” de las normas declaradas nulas por la sentencia del 19 de mayo de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, lo que significa que no tienen fundamento jurídico alguno desde la ejecutoria de dicha sentencia, al desaparecer su fundamento de derecho. Este es un claro ejemplo de pérdida de ejecutoriedad que debe soportar la Resolución 10800 de 2003, según se ha explicado.

Por su parte, el informe de “infracciones de transporte” tampoco puede servir de “prueba” de tales “infracciones”, por la sencilla razón de que las conductas sobre las que dan cuenta no estaban tipificadas como infracciones por el ordenamiento jurídico. Es decir, los documentos conocidos como “informe de infracciones de transporte” no son representativos o declarativos de una “infracción de transporte”, en tanto se basen en las conductas “tipificadas” como tales en los artículos del Decreto 3366 de 2003 declarados nulos o en los “códigos” de la Resolución 10800 que a su vez se basan en ellos. Por estas razones no son el medio conducente para probar las “infracciones de transporte”.

Lo anterior trae las siguientes consecuencias:

i) Las actuaciones sancionatorias en curso, o que estén en discusión en ~~sede administrativa se ven afectadas por la decisión judicial que anuló los~~ artículos citados del Decreto 3366 de 2003, que sirven de base para los “códigos” relativos a las infracciones de transporte terrestre automotor, en la medida en que las “infracciones” allí señaladas desaparecieron del mundo jurídico y tales “códigos” registrados en la Resolución 10800 de 2003 perdieron su fuerza obligatoria, por lo que no existe una conducta típica que pueda ser reprochada como infracción de transporte con fundamento en tales normas.

ii) El “informe de infracciones de transporte” no es representativo o declarativo de una “infracción de transporte”, en tanto se base en las conductas “tipificadas” como tales en los artículos del Decreto 3366 de 2003 declarados nulos o en los “códigos” de la Resolución 10800 que se deriven de

⁹² Sentencias del 8 de octubre de 2018 y del 5 de febrero de 2019, proferidas por jueces administrativos del Circuito de Bogotá.

ellos y, por lo mismo, no son el medio conducente para probar las “infracciones de transporte”. Su utilización como “prueba” en las actuaciones administrativas que se adelanten, viola el debido proceso administrativo, en la medida en que no es representativa o declarativa de una conducta infractora y no puede tener el carácter de prueba válida aportada al proceso. Debe recordarse que el artículo 29 de la Constitución Política establece que es “*nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”.

iii) En cuanto a los actos administrativos sancionatorios que se encuentran en conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, serán los jueces competentes los que deban adoptar la decisión que corresponda, y necesariamente deberán apreciar la declaratoria de nulidad de las normas del Decreto Reglamentario 3366 de 2003 y las consecuencias que tal decisión trae. En las sentencias aportadas en la Audiencia del pasado 13 de febrero, se evidencian anulaciones de sanciones impuestas con base en los “códigos” de la Resolución 10800 de 2003.

Expuesto lo anterior, corresponde a la Sala estudiar los demás aspectos de las preguntas formuladas, tales como la revocatoria directa de los actos administrativos, lo relativo a la caducidad de las sanciones y al principio de legalidad de las faltas, y las sanciones en materia administrativa.

E. Revocatoria directa de los actos administrativos

En la consulta se indaga sobre la facultad de la Superintendencia de Transporte de revocar de oficio “*actuaciones*” o “*decisiones*” que se hayan iniciado o adoptado con fundamento en los informes de los agentes de control al amparo de del Decreto 3366 de 2003 y de la Resolución 10800 de 2003.

1. Generalidades sobre la revocatoria directa

Ha dicho el Consejo de Estado que –y así lo recordó la Sala en el Concepto 2266 de 2016–, de manera general, la revocatoria directa constituye un medio de control administrativo que ejercen las autoridades públicas respecto de sus propios actos, el cual les permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir, en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, del interés público o de derechos fundamentales⁹³.

⁹³ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2014. Rad 1998-01093 y Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 31 de mayo de 2012. Rad 2004-01511.

En suma, la revocatoria directa de los actos administrativos es una potestad legal otorgada a una autoridad para hacer desaparecer de la vida jurídica las decisiones que ella misma ha tomado, por razones de legalidad o por motivos de mérito. Son razones de legalidad las que constituyen un juicio estrictamente lógico jurídico, esto es, una confrontación normativa sobre la infracción al orden preestablecido con violación del principio de legalidad. Hay razón de mérito cuando el acto es extinguido por contrariar el interés público o social, o cuando una persona determinada recibe un agravio injustificado.⁹⁴

2. Iniciativa y causales

El artículo 93 del CPACA, dispone:

“Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona”.

Como se aprecia, la revocatoria puede originarse en la petición del sujeto interesado ante la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior (jerárquico o funcional), o la iniciativa puede provenir de la Administración, facultad unilateral, lo que significa que dejará sin efecto las decisiones adoptadas por ella misma.

Ahora, frente al contexto de la consulta formulada, merece atención la causal primera del artículo 93, según la cual la Administración debe revocar el acto administrativo cuando la oposición de este frente a la Constitución o a la ley, sea “*manifiesta*”. Al respecto, es preciso traer a colación lo que se discutió en la Comisión de Reforma del Código Contencioso Administrativo:

“Tema analizado: ¿Debe incluirse la violación de los derechos fundamentales entre las causales de revocatoria directa de los actos administrativos, aún si dicha violación no es manifiesta?

Sobre la cuestión aquí planteada se han erigido varias posiciones. En consideración de algunos la inclusión que se propone sobra porque la violación de los derechos fundamentales como causal de revocatoria directa del acto administrativo ya está consagrada en la causal primera del artículo 69 del C.C.A. En la literalidad de la

⁹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia 20 de mayo de 2004. Rad: 1998-3963.

norma, está inmersa la violación de derechos fundamentales. Adicionalmente, como quiera que los derechos fundamentales son de rango constitucional, no es necesario que su violación esté consagrada expresamente en la ley como causal de revocatoria directa de los actos administrativos. La inclusión expresa de esta causal iría en contravía del propósito de la reforma, en cuanto se incurriría en una repetición innecesaria de normas.

Otro sector de la opinión considera que debe incluirse como causal expresa de revocación directa de los actos administrativos la violación de los derechos fundamentales, aún en aquellos eventos en los que dicha violación no sea manifiesta, con el fin de poner el código a tono con la Carta Fundamental. En su concepto la causal de revocatoria directa del acto por violación de derechos fundamentales no está comprendida en las que enumera el artículo 69 del C.C.A, lo cual hace necesaria su consagración expresa. Incluir expresamente la causal podría ayudar a que la administración, una vez notificada de una demanda de tutela instaurada en su contra, proceda a revocar el acto y así sustraer la materia de control jurisdiccional. En este caso no se necesitaría el consentimiento del particular⁹⁵.

En otro de los debates (sesión 29), uno de los comisionados refirió que “históricamente” la revocación directa fue creada “precisamente para casos excepcionales de violación flagrante de la Constitución y la Ley...”, ante lo cual otro de los comisionados comentó que “Cuando se analizan las causales... se observa que una de ellas es cuando ‘sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley’. Parecería que se están exigiendo los mismos requisitos que se exigen en la vía judicial para la suspensión provisional de los efectos del acto...”. Subraya la Sala.

Como se observa, la discusión de fondo en la Comisión de Reforma, más que la inclusión literal de la “violación de los derechos fundamentales” como causal de revocatoria de los actos administrativos, radicaba en la calificación de “manifiesta” de esa violación.

La Sala estima que en atención a la interpretación teleológica del CPACA, la historia fidedigna del establecimiento de la causal y el efecto útil de la norma, se puede sostener que basta la “oposición” o “incompatibilidad” entre el acto administrativo y un derecho constitucional fundamental -como sería para el caso de la consulta, el debido proceso administrativo-, para que proceda la causal de revocatoria prevista en el numeral 1 del artículo 93 del CPACA, por las siguientes razones:

- i) Recuerda la Sala que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo confiere una mayor entidad al procedimiento administrativo en comparación con las previsiones del Código Contencioso Administrativo, pues busca que sea un instrumento suficiente para asegurar

⁹⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil – Ministerio de Justicia y del Derecho-Consejo Superior de la Judicatura, Memorias de la Ley 1437 de 2011, Volumen III, Parte A, p. 334, Bogotá, 2014.

la garantía de los derechos y los cometidos estatales dentro de un marco de respeto a las personas, sin que se vean necesariamente obligadas a solicitar protección de los jueces frente a la acción u omisión contraria a la Constitución o la ley por parte de las autoridades. Se pretende entonces que la Administración sea la primera protectora de los derechos y para ello debe tener capacidad para corregir los errores en que incurra.

En otras palabras, frente a los derechos “la administración debe incorporar en su visión de las cosas que no es solo el juez el que está llamado a protegerlos, sino que es la propia Administración la que en primer lugar debe convertirse, obviamente en el marco de la Constitución y la ley, en artífice de la defensa de esos derechos”⁹⁶.

ii) La comentada teleología se refleja en los artículos 1 y 3 del CPACA que disponen:

“Artículo. 1º—*Finalidad de la parte primera. Las normas de esta parte primera tienen como finalidad **proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas**, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la **Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico**, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la Administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares (Resalta la Sala).*”

Nótese la finalidad explícita de la norma en la protección de los derechos de las personas en sede administrativa, la observancia del principio de supremacía constitucional y el valor normativo de la Constitución como eje de la actuación de las autoridades públicas, a diferencia de lo que ocurría con el antiguo CCA.

Por su parte, el artículo 3º del CPACA establece los principios normativos de las actuaciones administrativas de la siguiente manera:

“Artículo. 3º—*Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este código y en las leyes especiales.*”

Como lo afirmó la Corte Constitucional en la Sentencia C-951 de 2014, el CPACA es un punto de inflexión en las categorías jurídicas frente a la tradicional “concepción basada en el poder público del derecho administrativo, al equiparar al administrado con la administración,

⁹⁶ Zambrano, William. *La protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa*. En: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Consejo de Estado – Banco de la República. Páginas 40 y 41.

ubicándolos en un plano de estricta igualdad administrativa y procesal”, cambio de paradigma que en caso de oposición entre un acto administrativo y el derecho constitucional al debido proceso, la Administración deba proceder a su revocatoria, sin que tal inobservancia deba revestir las características de “manifiesta”, “protuberante”, “de bulto”, “palmaria”, como se exigía en el antiguo C.C.A.

iii) Como lo recuerda la transcripción de los debates de la Comisión de Reforma la exigencia de “manifiesta oposición” prevista para la revocatoria directa en el antiguo artículo 69 del C.C.A., correspondía al mismo requisito exigido para la “*vía judicial para la suspensión provisional de los efectos del acto*” administrativo.

Aprobada la reforma, la medida cautelar de suspensión del acto administrativo quedó establecida de la siguiente manera en el artículo 231 del CPACA:

“Artículo 231. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. (...)”.*

Obsérvese que para la procedencia de la medida de suspensión provisional debe realizarse un *análisis* del acto demandado y su *confrontación* con las normas superiores invocadas como violadas. No hay necesidad, como lo exigía el artículo 152.2 del C.C.A., de que se configure una “*manifiesta infracción*” de las disposiciones invocadas como fundamento de la medida.

Como se recuerda en las Memorias de la Comisión de Reforma y también se ha reconocido en decisiones del Consejo de Estado, los exigentes requisitos sobre las medidas cautelares en general y la suspensión provisional en particular, que caracterizaron al anterior Código Contencioso Administrativo, llevaron a su inoperancia. De allí que se propuso consagrar en el CPACA una figura más amplia y protectora de los derechos del demandante frente a la actuación de la Administración.

De esta forma, si lo que ahora se exige al juez es “una carga argumentativa que de manera razonada explique los motivos por los cuales estima que el acto contraviene las disposiciones superiores en que debía fundarse y justificar la decisión que de

manera preventiva suspende la ejecución del acto administrativo"⁹⁷, no podría limitarse la facultad de la Administración para proceder a la revocatoria de actos administrativos solo a aquellos casos en que se esté en presencia de una "manifiesta infracción" de un derecho constitucional.

La Administración, se insiste, también está obligada a proteger los derechos de los ciudadanos; y ante un acto administrativo que contravenga a un instituto de rango constitucional como lo es el debido proceso, debe procederse a la revocatoria del acto.

Pretender, como ocurría en vigencia del C.C.A., que el procedimiento administrativo sea una mera etapa formal para acudir a la Jurisdicción y que no debe exigirse mayor celo a la Administración para la defensa de los derechos de las personas que acuden a ella, ya que "para eso pueden demandar el acto ante los jueces", significaría que contrario al mandato constitucional (art. 228 C.P), se antepondrían las formas al derecho sustancial, y se desconocería que la teleología de la reforma que llevó al CPACA, fue poner las actuaciones administrativas a tono con la Carta Fundamental.

3. Oportunidad

"Artículo 95. Oportunidad. *La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.*

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

Parágrafo. *No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.*

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por

⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Auto del 13 de mayo de 2014, radicación: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14)

terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria”.

De conformidad con las preguntas formuladas en la consulta, la revocatoria de los actos sancionatorios podría ocurrir en las siguientes circunstancias:

- a. El acto administrativo se profirió pero no se encuentra en firme: La revocatoria se realiza *ab initio*, es decir, como si el acto no hubiera producido ningún efecto.
- b. El acto administrativo se encuentra en firme, y antes de que se notifique el auto admisorio de la demanda: La revocatoria produce efectos hacia futuro⁹⁸.
- c. En el curso de un proceso judicial y hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia: Los efectos se regirán por el acuerdo de las partes. La oferta de revocatoria está sometida a control judicial.

4. Revocatoria de actos administrativos que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría.

Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. *Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.*

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. *En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa”.*

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 255 de 2012. “En el ámbito de las actuaciones administrativas esta Corte ha definido la revocatoria directa, en cuanto acto constitutivo, como ‘una decisión invalidante de otro acto previo, decisión que puede surgir de oficio o a solicitud de parte, y en todo caso, con nuevas consecuencias hacia el futuro”.

De acuerdo con el contexto de la consulta, referida a actos sancionatorios de la Superintendencia de Transporte y su posibilidad de revocatoria, resulta evidente que se está en presencia de actos particulares y concretos. ¿Significa ello que debe contarse con el consentimiento previo, expreso y escrito del sancionado?

Para la Sala la respuesta es negativa en virtud de la clasificación doctrinal y jurisprudencial de los actos administrativos por sus efectos en la esfera jurídica de su destinatario en actos favorables y actos de gravamen.

Entre los actos administrativos favorables estarían aquellos que amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario, esto es, "*crean o reconocen un derecho o una ventaja jurídica*"⁹⁹, como los nombramientos, las autorizaciones, las licencias y, en general, los actos mediante los cuales la Administración responde de manera positiva a una solicitud formulada en ejercicio del derecho constitucional fundamental de petición, v. gr., inscripción en un registro público, reconocimiento de una pensión, etc.

Entre los actos de gravamen se incluyen aquellos que inciden negativamente en la esfera jurídica del destinatario, es decir "*tienen un efecto desventajoso o perjudicial*"¹⁰⁰ para el, como la imposición de obligaciones, de sanciones, la revocación de actos favorables y, en general, las respuestas negativas a las peticiones.

De la clasificación propuesta se sigue que el régimen para la revocatoria directa de actos favorables resulta ser severo, tal como lo establece el artículo 97 del CPACA. En tratándose de la expedición de actos de gravamen, lo que cobra relevancia e intensidad son aspectos como la publicidad, la motivación, y el derecho constitucional fundamental al Debido Proceso Administrativo, entre otros.

Sostiene la Sala, entonces, que la revocatoria de actos administrativos particulares en las que se adoptó una decisión sancionatoria, no requieren del consentimiento previo, expreso y escrito del sancionado, ya que este solo se exige para los actos favorables, en los términos del artículo 97 del CPACA.

La interpretación anterior no solo se basa en la teoría general del acto administrativo, sino que consulta los debates de la Comisión de Reforma sobre lo que sería el artículo 97 del CPACA:

"La norma parte de la idea de que la administración le va a revocar al particular un derecho que le reconoció en un acto. No parte del supuesto de que se trata de un

⁹⁹ Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, segunda edición, 2004, pp. 48 y s.s.

¹⁰⁰ Idem.

acto proferido por la administración que perjudica al particular, y que la misma quiere revocar para desafectarlo.

La redacción obedece entonces a que si al revocar el acto, se le va a desconocer un derecho, entonces se requiere del consentimiento previo de ese particular¹⁰¹.
(Subraya la Sala)

En consecuencia, la Superintendencia de Transporte puede revocar los actos administrativos sancionatorios adoptados con fundamento en los informes de los agentes de control al amparo del Decreto 3366 de 2003 y de la Resolución 10800 de 2003, sin que requiera el consentimiento previo, expreso y escrito del sujeto sancionado.

5. Actuaciones administrativas en curso

Las actuaciones administrativas iniciadas con base en las normas del Decreto 3366 de 2003 declaradas nulas, o en los "códigos" de la Resolución 10800 de 2003 que se fundamentaban en aquellas, en las que aún no se haya proferido acto administrativo que resuelva la actuación (artículo 49 CPACA), deberán ser resueltas definitivamente ordenándose el archivo de la misma por atipicidad de la "conducta infractora" imputada; esto es, sin infracción tipificada en la ley no hay sanción.

Si en la actuación se profirió acto sancionatorio pero aún no ha sido notificado personalmente (artículo 52 y 67 del CPACA), o fue notificado y aún no ha vencido el término para la interposición de los recursos administrativos procedentes (artículo 74 del CPACA), podrá ser revocado con base en las razones expuestas en el punto anterior.

Si contra el acto administrativo sancionatorio se interpusieron los recursos procedentes y estos están pendientes de resolverse, la Superintendencia de Transporte los debe decidir a favor del recurrente -revocando la decisión sancionatoria inicial- y, en consecuencia, deberá archivar el expediente administrativo.

Queda por estudiar el caso en el cual contra el acto administrativo sancionatorio se interpusieron los recursos procedentes y se venció el término de un año previsto en el artículo 52 del CPACA.

F. "Caducidad" de la potestad sancionatoria de la Administración, pérdida de competencia y silencio administrativo positivo

¹⁰¹ Sala de Consulta y Servicio Civil – Ministerio de Justicia y del Derecho-Consejo Superior de la Judicatura, op. cit., p. 347.

El artículo 52 del CPACA establece una competencia temporal para que la Administración expida y notifique el acto sancionatorio.

El acto administrativo que impone la sanción debe ser *expedido y notificado* dentro de los tres años siguientes al acaecimiento del hecho, de la conducta u omisión que la origina (extremo temporal final), so pena de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración (extremo temporal inicial).

Ahora bien, según el artículo 52 “[...] *el acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos*”. En consecuencia, tales recursos deberán ser decididos y notificados, so pena de pérdida de competencia, en un término de un año contado a partir de su debida y oportuna interposición.

Los recursos a los que alude la norma son los que proceden contra el acto acusado, esto es, reposición, apelación y queja. Quiere decir que, como es usual en la práctica administrativa, interpuesto el recurso de reposición y en subsidio apelación, la Administración tiene un año para decidirlos y notificarlos (no un año para resolver cada uno de ellos¹⁰²).

Vencido el término sin que los recursos se decidan, la Administración pierde competencia sobre el asunto y se provoca el *silencio administrativo positivo a favor del recurrente*, es decir, que el acto sancionatorio se entiende revocado, por lo que el beneficio del silencio podrá invocarse de acuerdo con el mecanismo descrito en el artículo 85 del CPACA. Lo procedente, desde el ámbito de la Administración, es ordenar el archivo del expediente por la pérdida de competencia señalada en la norma, sin que sea menester que el favorecido con el silencio presente la protocolización correspondiente.

G. Recomendación

Dada la insuficiencia regulatoria en materia de infracciones y sanciones en el modo del transporte terrestre, se sugiere al Ministerio del Transporte presentar a la consideración del Congreso de la República un proyecto de ley que otorgue seguridad jurídica al sector, que armonice la necesaria potestad sancionadora de la Administración y las garantías que la Constitución establece para las personas sujetas a una actuación administrativa sancionatoria, proyecto al que la Sala, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, puede brindar el soporte correspondiente antes de su presentación al Congreso de la República.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala

¹⁰² Laverde (2018), op. cit.

RESPONDE

Por su naturaleza basal se responde en primer lugar la pregunta número 2:

2. ¿En Colombia, el régimen sancionatorio en materia de transporte terrestre está sujeto a reserva de ley?

Si. El principio de legalidad de las faltas y de las sanciones previsto en el artículo 29 CP, debe observarse para establecer las infracciones administrativas y las sanciones correspondientes en todos los ámbitos regulados, dentro del contexto del Estado Regulador, incluido por supuesto el sector del transporte terrestre. Dicho principio, como quedó expuesto, se manifiesta en las dimensiones reserva de ley y tipicidad.

1. ¿La reserva de ley en materia sancionatoria para el sector de transporte terrestre, puede contener “tipos en blanco o abiertos”, los cuales necesariamente tendrían que completarse solo con normas de rango legal?

La jurisprudencia -constitucional y del Consejo de Estado-, ha permitido cierta flexibilización del principio de tipicidad, lo que se expresa en la exigencia mínima de describir los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, así como la determinación del tipo y cuantía de las sanciones que serán impuestas.

En la tipificación de las infracciones podrán preverse normas en “blanco” o incompletas, que no pueden ser entendidas como un “cheque en blanco” para ser llenado a voluntad por la Administración. Los tipos sancionatorios incompletos (en “blanco”) se aceptan bajo remisiones normativas precisas o criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta.

Igualmente, pueden utilizarse conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole pertinente, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados.

La aplicación práctica y concreta del principio de tipicidad debe permitir a los destinatarios de la norma hacer un ejercicio de “predictibilidad de la sanción”. La norma sancionatoria debe garantizar que se puedan predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción correspondientes.

No son admisibles formulaciones abiertas, que pongan la definición de la infracción o de la sanción prevista en la ley en manos de la de la autoridad administrativa.

En cuanto a la posibilidad del reenvío normativo a decretos reglamentarios, corresponde al legislador delimitar el contenido de la sanción a través de la configuración de los elementos estructurales del tipo, por lo que la remisión a la norma reglamentaria debe permitir su cumplida ejecución. En tales casos, el contenido de la ley estará referido al núcleo esencial de la materia reservada, de manera que el reglamento se limite a desarrollar, complementar y precisar lo que ya ha sido de manera expresa contemplado en la ley. Es aquí donde el reglamento cumple una función de "colaboración" o complementariedad.

La Constitución no permite otorgar a la Administración la potestad genérica de establecer vía reglamento infracciones y sanciones administrativas, pues tiene reserva de ley ordinaria, y debe en todo caso respetar el debido proceso en punto a la legalidad y a la tipicidad, de conformidad con el inciso 2 del artículo 29 de la Carta Política.

3. ¿La nulidad declarada por el Consejo de Estado sobre el Decreto 3366 de 2003, tiene como consecuencia que en este momento no existen normas de rango legal en materia de transporte terrestre público (Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996), que tipifiquen las conductas sancionables?

La sentencia del 19 de mayo del 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado no está referida a la constitucionalidad de las Leyes 105 y 336 de 1996, por lo que las infracciones y sanciones allí tipificadas estarán vigentes mientras no se deroguen dichas normas o sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional.

Las "sanciones" previstas en el Decreto Reglamentario 3366 de 2003, declaradas nulas por el Consejo de Estado, desaparecieron del mundo jurídico y, por lo mismo, no existen conductas sancionables con base en dichas normas.

4. ¿En la medida que la causa de la Resolución 10800 de 2003, según se desprende de la motivación de la misma, es que los agentes de control identifiquen las conductas previstas en el Decreto 3366 de 1996, eso implica que los agentes de control están identificando conductas anuladas?

5. ¿En La medida que algunas investigaciones administrativas de la Superintendencia de Puertos y Transporte se fundamentan en esos informes de los agentes de control, éstas podrían estar viciadas por haber sido iniciadas por la supuesta infracción de una conducta, cuyo fundamento fue anulado?

6. ¿Es posible que la Superintendencia de Puertos y Transporte revoque de oficio, o archive, según el caso, las actuaciones que se hayan iniciado con

fundamento en los informes de los agentes de control al amparo de la Resolución 10800 de 2003 y del Decreto 3366 de 2003?

La Resolución 10800 de 2003 perdió su fuerza ejecutoria y, por lo mismo, no puede ser sustento del ejercicio de la potestad sancionatoria en las materias que ese acto administrativo contenía.

Los actos administrativos que impusieron sanciones con base en la Resolución 10800 de 2003 y el Decreto Reglamentario 3366 de 2003, son pasibles de revocatoria de oficio por ser violatorios del debido proceso constitucional.

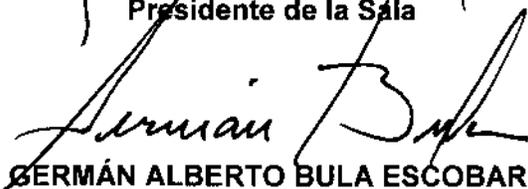
7. ¿Es posible que la Superintendencia de Puertos y Transporte revoque de oficio las decisiones que se hayan tomado con fundamento en los informes de los agentes de control al amparo de la Resolución 10800 de 2003 y del Decreto 3366 de 2003, con posterioridad del término de un (1) año previsto en el artículo 52 de la ley 1437 de 2011?

Vencido el término de un año previsto en el artículo 52 del CPACA sin que los recursos se decidan, la Administración pierde competencia sobre el asunto y se provoca el *silencio administrativo positivo a favor del recurrente*, es decir, que el acto sancionatorio se entiende revocado, por lo que el beneficio del silencio podrá invocarse de acuerdo con el mecanismo descrito en el artículo 85 del CPACA.

Lo procedente, desde el ámbito de la Administración, es ordenar el archivo del expediente por la pérdida de competencia ordenada en el citado artículo 52, sin que sea menester que el favorecido con el silencio presente la protocolización correspondiente.

Remítase copia al Ministerio de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República


EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala


GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado


ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado


ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado


LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

20 MAR. 2019

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. 115031 DE FECHA 20 DE MARZO DE 2019