Andrés Fernando
Ospina Garzón / Editor

Horizontes del Contencioso Administrativo

Tomo II
El contencioso administrativo jurisdiccional

Volumen 2
El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Universidad Externado de Colombia

ANDRÉS FERNANDO
OSPINA GARZÓN
(EDITOR)

HORIZONTES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TOMO II
EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO JURISDICCIONAL

VOLUMEN II
EL CONTENCIOSO ADMINISATRATIVO ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Horizontes del contencioso administrativo. Tomo II, El contencioso administrativo no jurisdiccional, volumen 2, El contencioso administrativo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo / Sebastián Barreto Cifuentes [y otros] ; Andrés Fernando Ospina Garzón (editor). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2022.
1265 páginas : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587908954 (t. 2, v.2)

1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos – Colombia 2. Responsabilidad del Estado – Colombia 3. Arbitramento (Derecho administrativo) – Colombia – Jurisprudencia 4. Procedimiento administrativo – Colombia 5. Derecho administrativo – Colombia 6. Recurso contencioso administrativo -- Innovaciones tecnológicas – Colombia 7. Recurso contencioso administrativo – Colombia 8. Administración pública -- Colombia I. Ospina Garzón, Andrés Fernando, autor, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título

344.2 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. Área de Procesos Técnicos. EAP.

agosto de 2022

ISBN 978-958-790-895-4

© 2022, ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (ED.)
© 2022, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57) 601 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2022

Fotografía de cubierta: Ada Barandica
Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: José Ignacio Curcio
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CAPÍTULO 20

La intensidad del control judicial de la JCA: un paso más en la construcción de las técnicas del contencioso administrativo jurisdiccional

ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN

De la misma manera que no se utiliza una espada para pelar la fruta, tampoco se acude a la guerra con un pelador

SUMARIO

Introducción. I. La gradación de la intensidad del control judicial de los actos administrativos. A. Una necesidad constitucionalmente impuesta. B. Un control de al menos tres niveles de intensidad. II. Los criterios para la gradación de la intensidad del control judicial del acto administrativo. A. Los riesgos de arbitrariedad y de afectación de derechos. B. La amplitud del margen de apreciación reconocido a la autoridad administrativa. Conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Rafael Reyes fue elegido presidente de Colombia bajo el lema de "más administración y menos política". Pero su gobierno se caracterizó por más arbitrariedad y menos control. Encarceló a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, clausuró el Congreso y lo reemplazó por una Asamblea Constituyente, que amplió su período *intuito personae*[1], así como sus poderes y suprimió el Consejo de Estado. Luego de la caída de Reyes, por la presión ciudadana, la jurisdicción colombiana de lo contencioso administrativo nació, en 1913, para evitar la arbitrariedad y, específicamente, para impedir el regreso de la dictadura[2]. Hoy es posible sostener

1 El artículo 5.º del Acto Legislativo 05 de 1905 dispuso: "El período presidencial en curso, y solamente mientras esté á la cabeza del Gobierno el Sr. General Reyes, durará una década, que se contará del 1.º de enero de 1905 al 31 de diciembre de 1914. En el caso de que el Poder Ejecutivo deje de ser ejercido definitivamente por el General Rafael Reyes, el período presidencial tendrá la duración de cuatro años para el que entre a reemplazarlo de una manera definitiva; esta duración de cuatro años será también la de todos los períodos subsiguientes".

2 Cfr. Alberto Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; Andrés Fernando Ospina Garzón, *De la Jurisdicción Administrativa a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ¿Un viaje de ida y vuelta?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,

que, en estos términos, ha sido fiel a su misión. Sin embargo, luego de casi ciento diez años, los métodos empleados para el control judicial que ejerce, respecto de la actividad administrativa, son difícilmente perceptibles, no son uniformes y, por lo tanto, los resultados de los procesos son, frecuentemente, imprevisibles. Así, la ausencia de técnicas explícitas de control es uno de los factores que contribuyen a la ininteligibilidad y veleidad de la jurisprudencia.

Las técnicas del control judicial son los *métodos* mediante los cuales se instruyen y deciden los procesos. Constituyen la *racionalización* del modo de juzgar el asunto y, por lo tanto, definen el *oficio del juez*. En el caso que nos interesa, las técnicas de control revelan, hacen perceptible y comprensible el rol de la jurisdicción de lo contencioso administrativo respecto del objeto o de los sujetos de su control.

Como ocurre en otros países, en el derecho colombiano las técnicas para el control judicial de la actividad administrativa no son un asunto de desarrollo legislativo, como sería el caso de los aspectos con reserva de ley, tales como la previsión de los mecanismos de acceso al juez, los términos de caducidad de las acciones, las etapas procesales, los efectos de la sentencia y los medios de impugnación de las providencias judiciales[3]. El hecho anómalo de que, en ocasiones, la jurisprudencia haya invadido la competencia normativa del Congreso en materia procesal, como ocurrió

2009; Íd., "La influencia francesa en la creación de la jurisdicción colombiana de lo contencioso administrativo", en Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina (eds.), *100 años de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*, *Justificación*, *retos y aporte al derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 207.

3 "[…] esta Corte ha identificado la existencia de un amplio margen de configuración del legislador en lo relativo a las materias procesales, como el caso bajo revisión, para determinar, entre otros asuntos, los términos para presentar las demandas, las reglas de competencia, las cargas procesales, las etapas del proceso, los poderes del juez, el contenido y congruencia de la sentencia, así como los recursos procedentes contra las providencias judiciales, siempre y cuando en dicha configuración normativa, la ley no vulnere los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, en particular, las derivadas del derecho al debido proceso; las formas procesales sean razonables y proporcionadas y en ellas se dé prevalencia al derecho sustancial, sobre el adjetivo (art. 228 de la Constitución)": Corte Constitucional, sentencia C-091 de 2018.

con la teoría de los móviles y finalidades[4], no significa que se trate de una de las técnica de control. En realidad, las técnicas del control coinciden esencialmente con la manera de ejercer la función judicial y, por lo tanto, dichos métodos no necesariamente pueden o deben ser legislados, al responder a la exigencia de adaptabilidad frente a la diversidad de los asuntos que conoce el juez y a las variadas circunstancias en las que se ejerce el control. Por ello, las técnicas de control corresponden a la formación del juez o magistrado para el ejercicio de su labor y al respeto del precedente[5]. Algunas de ellas han sido formuladas de manera explícita por la jurisprudencia, como es el caso de las reglas técnicas *iura novit curia* y de justicia rogada[6] y la del control integral de los fallos disciplinarios[7],

---

4 "También afecta el derecho de acceso a la justicia *la teoría del juez psicoanalista*, de los móviles y las finalidades, de creación jurisprudencial y hoy en día legislada en los artículos 137 y 138 del CPACA, en la medida en que subjetiviza el acceso al juez al permitir al juez, desentrañar las intenciones profundas del demandante, para diagnosticar que con la demanda no se persigue o de la sentencia de nulidad no se produce un restablecimiento automático del derecho, en los términos del Código. Frente a la declaratoria de inconstitucionalidad de esta teoría que interpretaba el artículo 84 del CCA, la comisión redactora del CPACA tenía dos opciones: legislar la teoría, que era inconstitucional por limitar el acceso a la justicia, sin sustento legal; o acabarla, aunque pareciera que esta segunda opción no fue considerada. Suprimir la teoría del juez psicoanalista era posible gracias a la creación de una verdadera acción única. Unificada la caducidad de la nulidad simple y de la nulidad y restablecimiento del derecho, el juez no estaría en situación de analizar si el demandante presenta una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, disfrazada de nulidad simple": Andrés Fernando Ospina Garzón, "La justicia administrativa o los medios de control para la paz", en Alberto Montaña y Andrés Ospina (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 654.

5 Uno de los elementos del respeto del precedente judicial, con la posibilidad de cambio o de diferenciación de casos (*overruling* o *distinguish*) fue objeto de legislación en el artículo 103 del CPACA, donde se dispuso que: "En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa (*sic*) y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga".

6 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de febrero de 1995, expediente S-123, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa*, n. 26.

7 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto de 2016, radicado 1210.

mientras que otras se deducen con dificultad en las sentencias. Los análisis jurisprudenciales evidencian que, en no pocos casos, más que método hay intuición; se avanza en su formalización, pero rápidamente se retrocede, y el ensayo y error permanentes no permiten formular técnicas que puedan ser utilizadas de manera durable a los casos análogos. Aunque la doctrina podría contribuir en la racionalización de las técnicas del control judicial de la actividad administrativa, los estudios al respecto no son numerosos[8].

Las técnicas del control judicial no se dirigen a la producción de sentencias agradables. El derecho contencioso administrativo no es un arte, sino una ciencia. Su preocupación no es estética; no consiste en provocar sentimientos o transmitir emociones, sino en conducir a resultados racionales, predictibles y reproducibles, a través de métodos perceptibles. En tal sentido, las técnicas de control contribuyen a la formalización de los métodos judiciales y, contrario a lo que ocurre con la excesiva formalización procesal del derecho contencioso administrativo[9], no se pretende con ellas dificultar el acceso al juez, sino racionalizar su juicio.

---

8 En la obra *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana* se pueden encontrar los siguientes estudios: 1) Andrés Fernando Ospina Garzón, "*Iura novit curia* justicia rogada. Definición de los poderes del juez según el tipo de litigio", p. 337; 2) Alexander Sánchez Pérez, "La convalidación por intervención legislativa de los actos administrativos viciados", p. 361; 3) Jaime Orlando Santofimio, "La motivación y justificación razonada en la tasación y liquidación del perjuicio moral", p. 379; 4) Héctor Eduardo Patiño, "Perjuicios inmateriales. Salarios mínimos como patrón de referencia", p. 401; 5) Aníbal Rafael Zárate Pérez, "Análisis económico por el juez de lo contencioso administrativo", p. 409; 6) Sergio González Rey, "La aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales", p. 419; 7) Andrés Fernando Ospina Garzón, "Efectos de la anulación de los actos administrativos. Modulación de los efectos temporales", p. 425; 8) Julián Andrés Pimiento Echeverri, "Las órdenes del juez a la Administración", p. 439. También se pueden citar: Aida Patricia Hernández, "Indemnización y compensación de perjuicios en la responsabilidad patrimonial del Estado", en Juan Carlos Henao y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 269, y María Juliana Santaella Cuberos, *La liquidación de perjuicios en la responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

9 "Declarar la ineptitud sustantiva de la demanda por la indebida escogencia de la acción es una decisión que pone en evidencia la complejidad de nuestro sistema de medios

Una de las preguntas que debe realizarse el juez al momento de abordar el control de la actividad administrativa es la relativa a la intensidad de la revisión judicial que ejercerá, sus alcances y sus límites; es decir, la profundidad, la fuerza o debilidad del juicio, así como de los elementos relevantes y aquellos que no lo son. Y considerando la diversidad del objeto de control, así como de las circunstancias que entran en juego, la respuesta no podría ser única para cualquier caso, porque tal uniformidad expondría al juez a un indebido control, por exceso o por defecto. En la jurisprudencia administrativa colombiana únicamente se encuentran dos referencias explícitas a la intensidad del control judicial que se debe ejercer en el asunto: la relativa al control de los actos administrativos de contenido disciplinario –control integral, no deferente– y, recientemente, en lo que respecta al tipo de falla que se debe constatar para condenar al Estado por errores arbitrales, a diferencia de los errores judiciales[10]. Por el contrario, la Corte Constitucional ha hecho importantes esfuerzos metodológicos para racionalizar

---

de control de la actividad administrativa y demuestra, no sin frustración para el juez y decepción para el demandante, cómo el legislador ha sido incapaz, aun en vigencia del CPACA, de allanar el acceso a la administración de justicia para que, en verdad, prime el derecho sustancial frente al procesal. Escoger el mecanismo adecuado no es una decisión intrascendente, frente a la cual, el juez se encuentre siempre en condiciones jurídicas de interpretar la demanda y de readecuar el trámite al instrumento correcto. En no pocos casos, aun con la mejor voluntad de proferir una sentencia de fondo y no una inhibitoria, el juez se encuentra con que, fruto de la equivocación en la identificación de la causa de la demanda –*causa petendi*–, el accionante contó mal los términos de la caducidad, no cumplió requisitos de procedibilidad o, incluso, la demanda no reunió los requisitos específicos de la demanda frente a la verdadera causa del litigio y, por lo tanto, la decisión de fondo no resulta posible": Alberto Montaña Plata, Salvamento de voto a la Sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2011-01067-01 (51.976).

10 "Ahora bien, cuando se trata de los árbitros entra en juego la autonomía de la voluntad como elemento adicional que hace que el estándar para identificar el error y, por consiguiente, condenar patrimonialmente a la Nación-Rama Judicial sea aún mayor o más exigente y que, por lo tanto, el Estado únicamente responda por equivocaciones graves que materialicen un error manifiesto de apreciación, que no puedan comprenderse dentro del margen de apreciación autónoma de los árbitros": Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de octubre de 2021, expediente 13001-23-31-000-2005-01670-01 (39.798).

explícitamente la intensidad del control que ejerce respecto de las leyes, a partir, entre otros criterios, de la identificación del margen de configuración normativa de la que disponía en ese caso el legislador, de la afectación o los riesgos para los derechos fundamentales y de la naturaleza de la medida adoptada. Esto le ha permitido establecer un juicio de razonabilidad para aquellas medidas con menor riesgo de inconstitucionalidad y que, por lo tanto, no requieren examen de proporcionalidad, y uno de razonabilidad y proporcionalidad para aquellas que incluyen etapas de ponderación de intereses en juego y en las que, por lo tanto, el control de constitucionalidad reduce significativamente la discrecionalidad del legislador[11].

Ante la ausencia de grandes desarrollos jurisprudenciales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de la doctrina, el derecho comparado ofrece importantes elementos para la construcción de las técnicas del control judicial y, particularmente, en cuanto a su intensidad. En el derecho estadounidense se ha recurrido a la teoría de la deferencia judicial respecto de ciertas decisiones de la Administración e, incluso, se han llegado a desarrollar diferentes niveles de no interferencia del control judicial. Sin embargo, es en el derecho francés donde la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado de la manera más profunda el problema de la intensidad del control judicial, no únicamente en lo que respecta al control de los actos administrativos –objeto de interés en esta investigación–, sino también respecto del tipo de falta o falla[12] necesaria para condenar la responsabilidad del Estado –falta grave, exigencia excepcional y en declive o falta simple, como sistema general–; o, incluso, para graduar la intensidad de los poderes del juez para resolver recursos contra providencias judiciales, como en el caso del juez de casación[13]. Este esfuerzo por racionalizar la

---

11 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-114 y 115 de 2017.

12 Es posible comparar la intensidad del control judicial del acto administrativo, respecto de la gravedad de la falla para preguntarse: "¿Es el error manifiesto de apreciación la falla grave del contencioso disciplinario?": Aurélie Bretonneau y Jean Lessi, "Sanctions infligées aux agents publics: M. Lebon sort du Recueil", en *AJDA*, 2013, p. 2432.

13 Cfr. Christine Maugüé y Laurent Touvet, "Étendue du contrôle du Conseil d'État, juge de cassation, dans le domaine de la responsabilité de l'administration", en *AJDA*, 1993, p. 685.

intensidad de los poderes del juez frente al caso bajo estudio está también presente en la jurisdicción "judicial", es decir, para los asuntos entre particulares[14]. Se trata de una cuestión clásica en derecho francés[15], donde se ha llegado a afirmar que "el juez es 'dueño del control que ejerce', tanto de su existencia como de su alcance o extensión"[16], un asunto parcialmente estudiado en el derecho estadounidense[17], de preocupación relativamente reciente en el derecho español[18] e inexistente, en términos generales, en el derecho colombiano.

El recurso al derecho comparado resulta pertinente ya que, más allá de las diferencias de lenguaje, porque en el derecho colombiano no se utilizan frecuentemente expresiones para hacer explícita la intensidad del control judicial, las necesidades que se responden a través de la graduación del control son equivalentes: racionalización y adaptación del control, respeto por la autonomía administrativa, tutela judicial efectiva, adecuada motivación de las sentencias, claridad y previsibilidad de la jurisprudencia, entre otras.

---

14 Por ejemplo, en lo que respecta al control de una transacción entre particulares: "Para resumir, puede decirse que el juez de la homologación no es juez de la regularidad del acto; no tiene el poder de modificar sus términos, ni de anular el acuerdo. Sin embargo, la mayoría de la doctrina es favorable a que el juez ejerza un control restringido, 'formal' o 'mínimo', es decir, un examen limitado a la calificación de la transacción o de su carácter manifiestamente ineficaz o manifiestamente contrario al orden público": Benjamin Mathieu, "L'office du juge de l'homologation d'une transaction: du nouveau ?", *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2220.

15 Los estudios al respecto son numerosos y, sobre todo, su comienzo no es reciente. Por ejemplo, Marcel Waline realizó dos: "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel", en *RDP*, 1930, p. 216; y "Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration", *EDCE*, 1956, p. 25.

16 Pierre Delvolvé, "Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?", en *Conseil Constitutionnel et Conseil d'État. Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, LGDJ, París, Montchrestien, 1988, pp. 295-303.

17 Anuradha Vaitheswaran y Thomas A. Mayes, "The role of deference in judicial review of agency action: a comparison of federal law, uniform state acts, and the Iowa APA", *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, n.º 27, 2007, pp. 402-446.

18 Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

El estudio de la intensidad del control judicial de los actos administrativos no se refiere a los poderes oficiosos del juez frente al asunto, es decir, no se trata de la regla de la justicia rogada o de sus excepciones, o del estudio de las pruebas de oficio en el proceso contencioso administrativo. Por otra parte, aunque la intensidad del control judicial puede determinar, según el caso, un reexamen completo del asunto y, por lo tanto, reemplazar el juicio administrativo por un razonamiento judicial, este estudio no apunta tampoco a determinar cuándo es posible que, a título de restablecimiento del derecho, el juez pueda dictar un acto administrativo de reemplazo[19], ya que esta es una facultad general, legalmente prevista en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 187 del CPACA).

En realidad, la cuestión a resolver consiste en determinar, por una parte, si en el control judicial de los actos administrativos los elementos objeto de control son siempre los mismos, es decir, si el *qué* del control es uniforme, a pesar de su diversidad y de las circunstancias en las que se expiden; y por otra, si la profundidad del análisis o el rigor del juicio es siempre el mismo, es decir, *hasta dónde* va el control, si sus límites son variables o uniformes. Para responder a esta pregunta se establecerá, de un lado, la necesidad y el contenido de la gradación de la intensidad del control judicial y, de otro, se identificarán los criterios que influyen en tal gradación.

I. LA GRADACIÓN DE LA INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El derecho contencioso administrativo ha ido superando poco a poco la pregunta respecto de qué se controla y qué no. Sin mayor sorpresa la

---

19 "La principal consecuencia que suele derivarse de tal distinción atañe al alcance del control judicial de la actividad administrativa que, simplificando, se entiende pleno o *positivo* tratándose del ejercicio de facultades regladas, respecto de las cuales comprenderá entonces no solo a la posibilidad de anulación sino también a la de sustitución de la referida decisión, y simplemente *negativo* o limitado –solo anulatorio– del de potestades discrecionales": Hugo Alberto Marín Hernández, "El debate sobre el alcance y los límites del control judicial del ejercicio de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española", *Revista Derecho del Estado*, n.º 13, diciembre de 2002.

jurisprudencia deberá dar el paso para controlar las actuaciones administrativas informales o de la expresión eufemística derecho suave[20] ¿derecho flexible?, cuando, a pesar de su ausencia de obligatoriedad formal, incidan efectivamente sobre los comportamientos humanos. Ahora la cuestión debe ser aquella de la gradación –establecimiento de grados o niveles diferenciados– o graduación –adaptación o ajuste– del control judicial respecto del caso concreto. De la misma manera que no se utiliza una espada de para pelar frutas, no se acude a la guerra con un pelador. Se trata de (A) una necesidad constitucionalmente impuesta, que conduce a establecer, al menos (B), un control en tres intensidades.

A. Una necesidad constitucionalmente impuesta

La adaptación de la intensidad del control judicial no es una exigencia de forma, desprovista de contenido material y de sustento constitucional. Es a partir de la manera como se gradúa el control judicial que se puede definir, en concreto y no a partir de cuestiones teóricas, cuál es el rol que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo respecto de la Administración pública y frente a sus usuarios. En el Estado constitucional, esta jurisdicción hace realidad la cláusula de Estado de Derecho, al hacer efectivo el sometimiento al ordenamiento jurídico de quienes ejercen función administrativa. A través de él, se evita la arbitrariedad, se mantiene al poder público dentro de los cauces de la juridicidad y, por consiguiente, se establecen las consecuencias, por vulnerar el orden jurídico: la nulidad y la responsabilidad patrimonial. Al mismo tiempo, el control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo desarrolla el derecho fundamental de las personas a obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos, y las protege respecto de las prerrogativas de poder público que le son reconocidas a la Administración. De esa manera se conjugan en el control judicial de la Administración intereses objetivos, de juridicidad

20 Derecho suave resulta ser un eufemismo cuando se constata, en realidad, que a través de tales instrumentos se imponen medidas importantes que, por ejemplo, afectan drásticamente las libertades de los agentes de la regulación administrativa.

y subjetivos, de los derechos de las personas, que no necesariamente son antagónicos.

Ahora bien, el control judicial en el Estado Social de Derecho, caracterizado por preocupaciones de eficacia para la consecución de los fines sociales del Estado y la efectividad de los derechos[21], no cumple únicamente funciones negativas, de contención o de límite. Los principios de moralidad, imparcialidad, celeridad y eficacia, que guían la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución, constituyen elementos que se integran al referente del control ejercido por el juez administrativo y, por lo tanto, le otorgan poderes adicionales a los de la tradicional limitación frente a los excesos en la función administrativa. La preocupación radica, entonces, en que en tal equilibrio se encuentra una de las principales manifestaciones del principio de separación entre ramas del poder público[22].

Como se explicó en otra oportunidad, el principio de separación entre ramas del poder público no implica la atribución de funciones exclusivas y excluyentes, pero sí el respeto de autonomías recíprocas entre los órganos constitucionales, razón por la cual el control judicial debe garantizar su efectividad, como expresión de su razón de ser constitucional, pero sin vulnerar la autonomía relativa, de la que disponen las autoridades administrativas para el cumplimiento de sus funciones: autonomía de juicio y autonomía de gestión[23]. En otras palabras, en el establecimiento de límites

---

21 Cfr. Andrés Fernando Ospina Garzón, "La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann", en Jaime Orlando Santofimio, Javier Barnés Vásquez y Mónica Liliana Ibagón (eds.), *Perspectivas de una reforma. Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 69-70.

22 "En este sentido, la deferencia del Poder Judicial a favor del Ejecutivo servirá como un medio para garantizar dicha independencia y balance; será un instrumento para evitar el activismo judicial": Manuel Enrique Ventura Rodríguez, *Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III, 2010, p. 280.

23 "La separación entre las ramas del poder implica la garantía de las autonomías, en este caso, la judicial y la administrativa. Se trata de un sistema recíproco en el que también

al control judicial de la actividad administrativa es que emana y se protege la autonomía administrativa. Así, al lado de la regla no absoluta de la justicia rogada, la graduación racional, previa y explícita de la intensidad del control judicial a ejercer[24], constituye un instrumento para el respeto de la autonomía administrativa, en el difícil punto en el que la labor judicial no es considerada excesiva, por la captura de la Administración por el juez, ni deficiente, a través de un control tan débil, que constituya una mera formalidad y, en el fondo, una real denegación de justicia. Hacer racional y explícita la intensidad del control judicial contribuye, por demás, a reconfortar la confianza que el justiciable deposita con su demanda, al debilitar la idea de un juez parcializado, que falla en favor de la Administración por razones no confesables en los fundamentos de la sentencia. Se trata así, de algo más que la mejora de las apariencias de un control adecuado[25].

Es por todo lo anterior que el rol constitucional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo implica la definición de delicados equilibrios para que el control judicial sea efectivo, en nombre del Estado de Derecho y del derecho a la tutela judicial, pero sin que se obstaculice o suplante la actividad administrativa y se convierta al juez en la verdadera suprema

---

el juez debe ejercer sus competencias de tal manera que respete la autonomía de la Administración. El riesgo de absorción o suplantación de la función administrativa por el juez es permanente. Difícilmente la ley puede establecer límites definitivos entre ambas funciones, la jurisdiccional y la administrativa. Es por esto que el autocontrol judicial es necesario": Andrés Fernando Ospina Garzón, "La justicia administrativa o los medios de control para la paz", cit., p. 670.

24 "No se trata ya de que los jueces puedan modular el control que llevan a cabo sobre una decisión concreta, sino de que previamente a ello (conceptualmente) son ellos también los que determinan, inevitablemente, el espacio del propio control": Francisco José Rodríguez Pontón, "El control judicial en el ámbito de la regulación económica: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) Un relato de la deferencia en el marco del Derecho común europeo", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa*, *decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Pamplona, Aranzadi, 2020

25 "El control de proporcionalidad es más 'tranquilizante' para los administrados": Richard Deau, "Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles 'entiers' en matière de droit des étrangers", RFDA, 2005, p. 1188.

autoridad administrativa[26]. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el control de validez no puede ser uniforme, ya que "el principio de legalidad contiene exigencias variables"[27]. La manera de vinculación positiva y negativa de quienes ejercen la función administrativa respecto del ordenamiento jurídico no implica exigencias invariables, independientemente de la autoridad, del asunto, de la competencia, de los intereses en juego y de las circunstancias en las que se ejercen las funciones, y es justamente por ello que el control judicial debe reflejar las particularidades de dicha vinculación respecto de las normas o, en otros términos, la manera en que el legislador programa o dirige la actividad administrativa. Así, la necesidad de gradualidad comienza en la diversidad de maneras como las normas dirigen la actividad administrativa.

Sin embargo, la graduación de la intensidad del control judicial respecto de los actos administrativos no se predica de sus elementos de *validez externa*: la competencia y los requisitos de forma y de procedimiento no son aspectos respecto de los cuales se pueda ser más o menos riguroso o más o menos indulgente. La aplicación del principio de instrumentalidad de las formas, que justifica que únicamente conduzcan a la nulidad los errores de forma en consideración del efecto reprochable frente a la función que debía cumplir la formalidad, no significa un control de intensidad variable, sino un mandato general con efectos, incluso, para los controles judiciales más rigurosos[28]. Los niveles variables de control tampoco se predican de todos los elementos de *validez interna* de los actos administrativos: existe o no falsa motivación –verificación de la exactitud material de los hechos–, se

---

26 La preocupación en el control judicial de la Administración fue, desde el inicio, "permitir un control de la Administración efectivo, pero que no invada la esencia de la acción administrativa": Antoine Corre-Basset, "La 'conception française de la séparation des pouvoirs' et l'intensité du contrôle juridictionnel en droit administratif Perspective historique et comparée", en *RDP*, n.º 4, 2020, p. 869.

27 René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15.ª ed., París, Montchrestien, 2001, p. 1055.

28 "[…] la utilidad concreta del principio de la instrumentalidad de las formas consiste en trazar una línea conceptual entre los vicios de trámite con la entidad suficiente para declarar su inconstitucionalidad y las irregularidades que no tienen tal virtualidad": Corte Constitucional, sentencia C-481 de 2019.

violaron o no normas superiores, por error de derecho en su interpretación o aplicación pertinente y, se incurrió o no en una desviación del poder, es decir, se perseguían o no los fines de interés general que fundaban la competencia. En realidad, la graduación de la intensidad del control judicial se predica respecto de la valoración o apreciación que realizó la autoridad administrativa respecto de los hechos. Es ahí donde es posible reconocer un mayor o menor margen de apreciación de la realidad, lo que conducirá a concluir si existió o no un error administrativo en la apreciación de los hechos. Por ejemplo, se trata de determinar si una conducta podía ser calificada como una infracción administrativa, si una situación o actividad social podía ser considerada como un atentado al orden público, si un proyecto urbanístico ponía en riesgo el equilibrio medioambiental, etcétera.

En la historia del contencioso administrativo jurisdiccional la calificación jurídica de los hechos no siempre fue objeto de control. Se consideraba que, como garantía de la separación entre ramas del poder público, la función del juez administrativo se predicaba únicamente de las normas –control jurídico- y que, por lo tanto, realizar un control fáctico sería una invasión de la función administrativa[29]. Sin embargo, tal idea desconocía que el control jurídico presupone la verificación de la realidad y de la correcta interpretación o apreciación de los supuestos de hecho que presupone su aplicación. En otras palabras, el control fáctico es la esencia misma del control judicial de los actos administrativos y, por lo tanto, no es posible excluirlo del campo de la revisión judicial[30]. Sin embargo, es en

---

29 "La aceptación de que el control jurisdiccional también se predica de la calificación jurídica de los hechos en el fallo Gomel y, luego, sobre la existencia material de esos mismos hechos, en el fallo Camino, condujo a importantes controversias en doctrina. Estos fallos rompieron, en efecto, la idea comúnmente aceptada hasta entonces, según la cual, el juez administrativo debe limitarse al derecho, para no perturbar el campo de acción de la Administración": Antoine Corre-Basset, "La 'conception française de la séparation des pouvoirs'…", cit., p. 869.

30 "[…] los fallos Gomel y Camino no representan, en realidad, revoluciones conceptuales o teóricas. El control de los hechos, de su exactitud y de su calificación, pertenece a la naturaleza misma del control jurisdiccional": Antoine Corre-Basset, "La 'conception française de la séparation des pouvoirs'…", cit., p. 869.

la apreciación de los hechos que el control judicial de los actos administrativos puede ser más o menos riguroso, con al menos tres intensidades.

B. UN CONTROL DE AL MENOS TRES NIVELES DE INTENSIDAD

La calificación jurídica de los hechos puede ser errónea porque, aunque la situación examinada por la autoridad administrativa sea cierta, no se puede considerar como el supuesto de hecho esperado en la norma que otorgó competencia, ya sea porque no es una de las medidas posibles dentro de la discrecionalidad, o porque es desproporcionada. En sí mismo, el control de proporcionalidad es intenso porque implica sopesar los intereses o derechos en juego al momento de adoptar la decisión. Es por eso que dicho control no puede ser generalizado, sobre todo respecto de materias en las que no existen razones de alarma para realizar un control tan profundo.

1) Así, dejando de lado el *control mínimo*, en el que ni siquiera se examina la calificación jurídica de los hechos[31], el primer nivel de intensidad de control de los actos administrativos es el *control restringido*. En este nivel se realiza un control de la calificación jurídica de los hechos[32], aunque únicamente destinado a censurar el error manifiesto de apreciación[33]. Es decir que un acto administrativo será válido si quien lo profirió no cometió un error de hecho, un error de derecho, ni un error manifiesto de apreciación[34].

---

31 "En el control mínimo no se controla la calificación jurídica de los hechos y se examina, únicamente, la exactitud material de los hechos, la ausencia de error de derecho y la legalidad externa del acto": Mathias Amilhat, "Liberté contractuelle, contrats publics et rôle du juge", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa*, *decisiones cualificadas y deferencia judicial*, cit.

32 "El control restringido realiza este examen de la calificación de los hechos que es excluida, por el contrario, en el control mínimo, que se conforma con la verificación de la existencia material de los hechos": Jean Rivero y Jean Waline, *Droit administratif*, 20.ª ed., París, Dalloz, 2004, p. 543.

33 "El control restringido corresponde al control mínimo reforzado por el control del error manifiesto de apreciación": Serge Daël, *Contentieux Administratif*, 3.ª ed., París, PUF, 2010, p. 220.

34 Inspirada en el Derecho administrativo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional

El error manifiesto de apreciación significa que en la apreciación de los hechos, de las conductas o de las circunstancias, el operador jurídico cometió una equivocación flagrante, evidente, incontrovertible o grosera, por lo que el error no deja espacio para la duda[35]. Es decir que en este control no se practican pruebas adicionales destinadas a identificar la corrección del juicio de quien adoptó el acto administrativo y, por lo tanto, únicamente se censuran los errores evidentes en la apreciación de la realidad considerada en el acto administrativo[36]. Por lo tanto, no se trata de que en el control restringido el juez tolere los errores no manifiestos de apreciación, sino que únicamente censura los errores palpables[37]. El control del error manifiesto de apreciación tiene dos etapas: en primer lugar, es necesario identificar si la calificación de los hechos fue manifiestamente equivocada y, en segundo término, si la medida adoptada respecto de tales hechos es o no manifiestamente inidónea o inconducente[38].

---

ha sostenido que el control automático e integral que realiza respecto de las declaratorias de estado de excepción, así como de los decretos legislativos, debe únicamente censurar la existencia de errores manifiestos de apreciación. Así, respecto del requisito de necesidad fáctica o idoneidad de las medidas adoptadas en el decreto legislativo se ha dicho que "consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis": Corte Constitucional, sentencia C-292 de 2020.

35 "Es el error cometido por una autoridad administrativa en la apreciación discrecional de los hechos que realizó para fundar su decisión y que resulta ser tan grosera, que no deja ningún asomo de duda": Jean-Yves Vincent, "L'erreur manifeste d'appréciation", en *Rev. adm.*, 1971, p. 407.

36 "La evidencia no se prueba; se constata": Jacques Baudouin, "Conclusiones en el caso del Consejo de Estado, 6 de noviembre de 1970", *Guyé*, en *RDP*, 1971, p. 517.

37 "Más claramente, esto significa que si la apreciación de la Administración no resulta manifiestamente errónea, no hay error": Richard Deau, "Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles "entiers" en matière de droit des étrangers", cit., p. 1188.

38 Estas dos etapas del control restringido fueron metodológicamente identificadas en el fallo del Consejo de Estado francés, del 1.º de febrero de 2006, *Touzard*, n.º 271676, *Lebon*, 38. El fallo Touzard realizó, respecto del control mínimo "un rejuvenecimiento discreto, que consiste en definir explícitamente las dos etapas de dicho control": Aurélie

En estricto sentido, en el control restringido o del error manifiesto de apreciación no se realiza un examen de proporcionalidad sino de razonabilidad[39]. Si el juicio realizado por la autoridad administrativa no parece ser manifiestamente equivocado, la decisión es fácticamente razonable. No resulta acertado sostener que en el control mínimo se censura la desproporción excesiva o, en otras palabras, que se trata del control de la manifiesta desproporción[40]. Hablar de control de proporcionalidad sin poner en tensión o balanza los elementos en juego no es más que una ligereza de lenguaje.

2) La expresión control restringido significa que es limitado a los errores manifiestos. Es por ello que el segundo nivel es el *control pleno* o *normal* o *entero*. En el control pleno el acto administrativo es nulo si se identifica un error en la apreciación y en la calificación de los hechos[41], incluso si este no es patente o palmario y, por el contrario, resulta evidenciado. El error de apreciación significa que los hechos no tienen la capacidad jurídica de justificar la decisión tomada[42] y, por lo tanto, la decisión es desproporcionada.

Bretonneau y Jean Lessi, "Sanctions infligées aux agents publics: M. Lebon sort du Recueil", cit., p. 2432.

39 "[…] lamento la supresión del paso de proporcionalidad en sentido estricto, ya que este es el único elemento que permite, verdaderamente, ponderar, es decir, poner en balanza los beneficios obtenidos y las afectaciones que genera la medida, para determinar su proporcionalidad. Esto significa que los test leve y ahora el intermedio, dejarían de ser verdaderos juicios de proporcionalidad, para convertirse en juicios de mera razonabilidad, es decir que no buscan ponderar el caso concreto, sino descartar la arbitrariedad o capricho del legislador": Alejandro Linares Cantillo, Aclaración de voto a la Sentencia C-115 de 2017.

40 Tal es la explicación confusa del profesor René Chapus: "[…] no debe haber desproporción excesiva, o irrazonable, entre una decisión y los hechos que la provocaron […] basta con que no haya una desproporción manifiesta […] censurar una decisión por error manifiesto de apreciación significa que, de manera manifiesta, los hechos no son capaces de justificar jurídicamente la decisión adoptada": René Chapux, *Droit administratif général*, t. I, cit., p. 1066. Desproporción manifiesta es, en realidad, error manifiesto de apreciación de los hechos.

41 "Control 'normal' mediante el cual el juez juzga si la Administración apreció y calificó correctamente los hechos": Daniel Labetoulle, "La jurisprudence Ville Nouvelle Est cinquante ans après", en *RFDA*, 2021, p. 299.

42 "En el caso del control normal, la decisión debe ser perfectamente congruente con los

El control pleno supone una manera de vinculación más estricta de la Administración con la norma que otorga la competencia, porque esta admite un supuesto de hecho –condición legal–[43]. Así que el control judicial implica que el rol del juez consiste en la completa revisión del asunto, luego de la instrucción del proceso, del examen del expediente administrativo y, llegado el caso, la práctica y valoración de pruebas adicionales, fruto de lo cual podrá verificar si existió error en la calificación jurídica de los hechos. Se trata de retomar desde el principio y paso a paso el razonamiento hecho por quien expidió el acto administrativo, para examinar su corrección[44]. Es en tal contexto que el control pleno incluye un examen de la proporcionalidad de la medida, porque implica sopesar los beneficios

---

hechos, que deben ser exactamente capaces de justificar su expedición": René Chapux, *Droit administratif général*, t. I, cit., p. 1066.

43 El juez "verifica en profundidad la calificación jurídica de los hechos, en la medida en que, particularmente, la ley condiciona el ejercicio del poder de la Administración en materias en las que no existe poder discrecional y se acerca a la competencia reglada o condicionada": Jean-François Lachaume, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF Droit, Thémis, 2003, p. 744.

44 "El juez debe retomar de manera plena el razonamiento de la Administración para verificar si los hechos sobre los que la administrativa se funda, tienen la capacidad de justificar legalmente la decisión tomada": Jean François Brisson, *Le recours pour excès de pouvoir*, 3.ª ed., París, Ellipses, PUF, 2010, p. 92. Esto significa que el control normal o pleno del juez francés del recurso por exceso de poder equivale al realizado por el juez del recurso de pleno contencioso. Así, "mientras que el control de pleno contencioso siempre es un control pleno, el juez del exceso de poder ejerce sobre la acción administrativa un control cuya intensidad es variable": ib*í*d., p. 92. Sin embargo, parte de la doctrina discute esta uniformidad en el recurso de pleno contencioso: "En el pleno contencioso si bien la terminología 'error manifiesto de apreciación' no es usada, el juez solamente censura el error 'significativo': Jean-David Dreyfus, "Le contrôle du Conseil d'État sur le regroupement de prestations en un seul lot", en *AJDA*, 2009, p. 2181. Así, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el derecho a un recurso judicial efectivo en el derecho interno (TEDH 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, A. 58, § 29) exige que el juez disponga de plena jurisdicción, lo que no significa que el juez del exceso de poder carezca de él, sino que su control debe ser normal o pleno, es decir, un juez que "examina punto por punto todos los cargos presentados por el demandante, sin poder renunciar a su competencia para resolver o para establecer los hechos": Romain Tinière, "La notion de 'pleine juridiction' au sens

de la decisión, respecto de las afectaciones que genera[45], por ejemplo, los derechos fundamentales de la persona[46]. No habrá, por lo tanto, error en la calificación jurídica de los hechos si la medida examinada comporta mayores beneficios que los sacrificios que provoca. Ahora bien, realizar el control de la proporcionalidad no significa que deba necesariamente desarrollarse un test de proporcionalidad, como lo reconoció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[47].

Este método tiene una virtud pedagógica para la autoridad administrativa, que encontrará en la decisión de nulidad la motivación suficiente respecto de cómo debió ser el razonamiento administrativo, cuál debió ser la decisión correcta y constituye, por consiguiente, una guía para procedimientos futuros. Así, la nulidad que resulta de un control pleno o normal es una decisión mejor motivada que una "censura por error manifiesto de apreciación, cuya brutalidad tiene algo de desmotivador"[48].

3) Existe un grado adicional en el control de la calificación jurídica de los hechos, y es el denominado *control máximo* o *control de la necesidad*. Se trata de un control pleno[49] en el que, en el examen de la proporcionalidad

---

de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif", en *RFDA*, 2009, p. 729.

45 "A las ventajas de una decisión se le confrontan los inconvenientes o, en otros términos, si sus efectos positivos esperados se confrontan a consecuencias negativas y solamente si los primeros priman sobre los segundos, es decir, si el balance es positivo, se concluirá que los hechos de la decisión serán considerados tener la capacidad de justificarla jurídicamente": René Chapux, *Droit administratif général*, t. I, cit., p. 1074.

46 "El juez debe buscar si los motivos que invoca la autoridad competente tienen la capacidad de justificar legalmente la decisión de prohibición de regreso al territorio nacional, por la importancia de la medida y su duración, y si la decisión no genera una afectación desproporcionada al derecho del extranjero al respeto de su vida privada y familiar": Consejo de Estado francés, 7 y 2 subsecciones reunidas, Concepto del 12 de marzo de 2012, n.º 354165, en *Recueil Lebon*, *Recueil des décisions du conseil d'État*, 2012.

47 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de junio de 1990, *Obermeier c/ Autriche*, A. 179, § 70 et CEDH 28 juill. 2005, I. *D. c/ Bulgarie*, req. n.º 43578/98, § 50.

48 Aurélie Bretonneau y Jean Lessi, "Sanctions infligées aux agents publics: M. Lebon sort du Recueil", cit., p. 2432.

49 El control máximo "corresponde a eventos de profundización del control normal, que se traduce en una la puesta en marcha de un método más exigente para la apreciación

de la medida, el juez estudia todas las alternativas que se ofrecían a la autoridad administrativa para determinar si existía una medida igualmente efectiva para los fines que perseguía la competencia, pero menos restrictiva o con impactos menos importantes que la medida escogida[50]. Para ello, el juez recurre al método del balance, es decir, examina el impacto específico de la medida adoptada para cotejar el peso de los beneficios respecto de las afectaciones, y en consideración de las alternativas que se ofrecían a la autoridad administrativa[51].

Se trata del control que más restringe la capacidad de apreciación de la autoridad administrativa y que, por lo tanto, impacta sensiblemente su autonomía. Allí el juez realiza un control tan intenso que llega hasta el punto de sustituir o reemplazar el raciocinio administrativo por el razonamiento judicial[52]. Es, por lo tanto, un control no exento de críticas: para un sector de la doctrina, en el control máximo el juez de lo contencioso administrativo desborda su rol, al realizar, en realidad, en nombre del examen de la necesidad de la medida, un control de la oportunidad, del mérito o de la conveniencia de la decisión y, por lo tanto, estaría yendo más allá de un control jurisdiccional, para imponerle a la Administración exigencias

---

de la calificación de los hechos", René Chapus, *Droit administratif général*, t. I, cit., p. 1074; "Ese control de proporcionalidad no es más que una forma profundizada del control normal": Richard Deau, "Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles 'entiers' en matière de droit des étrangers", cit., p. 1188. En igual sentido: Serge Daël, *Contentieux Administratif*, cit., p. 220.

50 "El control de la proporcionalidad se refuerza por un control de la necesidad de la medida": Jean François Brisson, *Le recours pour excès de pouvoir*, cit., p. 96.

51 "La utilidad pública de la expropiación de un bien se encuentra subordinada a constatar, en concreto, que se trata de una medida necesaria o que, al menos, no existe solución alternativa": Daniel Labetoulle, "La jurisprudence Ville Nouvelle Est cinquante ans après", cit., p. 299.

52 En el control máximo "al tomar en cuenta el conjunto de los parámetros susceptibles de guiar la acción de la Administración, el juez se sitúa casi en la posición de autoridad administrativa y puede sustituir su apreciación a la realizada por quien expidió el acto": Gilles Le Chatelier, "Le renforcement du contrôle du juge sur la proportionnalité des sanctions infligées aux agents publics. Deux ans d'application de la jurisprudence Dahan", en *AJ Collectivités Territoriales*, 2015, p. 511.

no establecidas en las leyes[53]. Por ello, no es el control ordinario que se ejerce respecto de los actos administrativos, sino un control reservado para riesgos importantes de arbitrariedad y de afectación a los derechos de las personas. Por ejemplo, en el derecho francés, el control máximo se realiza respecto de la expropiación administrativa[54], de las medidas de policía administrativa que restringen las libertades y derechos de las personas para el mantenimiento del orden público[55], y respecto de los despidos de sujetos cuya estabilidad laboral se encuentra protegida[56]. Tal es el caso del control judicial de los allanamientos administrativos ordenados por razones de orden público durante un estado de excepción[57], algo que no sería posible en el derecho colombiano.

El control máximo es efectivo respecto de medidas graves, y aunque comporta una restricción importante del margen de apreciación y de acción administrativa, evita eficazmente la arbitrariedad y tiene un impacto

---

53 "A veces, el juez irá aún más lejos, transformando un problema de oportunidad de la decisión en una cuestión de legalidad, por lo que le impondrá a la Administración el respeto de una 'condición legal' no prevista en las normas legales. Algunos autores halan de un control máximo para caracterizar esta política jurisprudencial": Jean François Brisson, *Le recours pour excès de pouvoir*, cit., p. 92.

54 Consejo de Estado francés, Asamblea, fallo del 28 de mayo de 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé* "*Ville nouvelle Est*", n.º 78825, *Lebon*, 410.

55 "El control máximo se aplica, esencialmente, en el contencioso de las medidas de policía en las que la legalidad se subordina a la necesidad de su adopción y en el contencioso de la expropiación, cuya utilidad pública se encuentra cuando los inconvenientes de la operación no son superiores a sus ventajas": Jean François Brisson, *Le recours pour excès de pouvoir*, cit., 96.

56 Consejo de Estado francés, Asamblea, decisión del 5 de mayo de 1976 *Safer d'Auvergne c. Bernette*, *Grands Arrets* n.º 99.

57 Respecto de los allanamientos administrativos por razones de orden público: "Le corresponde al juez realizar un control pleno acerca del cumplimiento de esta condición, para garantizar […] que la medida ordenada era adaptada, necesaria y proporcionada respecto de su finalidad, en las circunstancias particulares que condujeron a la declaración del estado de urgencia": Consejo de Estado, Asamblea, Concepto del 6 de julio de 2016, n.º 398234, "Perquisitions: le Conseil d'État fouille dans ses classiques", en *AJDA*, 2016 p. 1635.

pedagógico[58] reforzado respecto de la Administración. En las materias en las que el juez realiza un control máximo, de las alternativas o de la necesidad, la Administración debe entonces realizar una instrucción mucho más rigurosa, con el examen de opciones y estudios serios de impacto de la medida[59].

Finalmente, la jurisprudencia colombiana ha sostenido que el control de los actos administrativos disciplinarios es integral[60]. Se trata de una posición jurisprudencial que resulta de una evolución en la que se realizaba inicialmente un control mínimo y luego un control restringido, deferente.

---

58 "Sería injusto no reconocer que la teoría del balance tiene un rol pedagógico respecto de la Administración": Daniel Labetoulle, "La jurisprudence Ville Nouvelle Est cinquante ans après", cit., p. 299.

59 "Esta profundización del control jurisdiccional debería tener consecuencias sobre la fase administrativa y, particularmente, sobre la instrucción pública respecto del atentado concreto a la propiedad, con un rol comparable al del estudio de impacto y, eventualmente, respecto del debate público respecto de las cuestiones medioambientales": Daniel Labetoulle, "La jurisprudence Ville Nouvelle Est cinquante ans après", cit., p. 299.

60 "El juez de lo contencioso administrativo tiene la obligación de realizar control integral de los actos administrativos disciplinarios, teniendo en cuenta los siguientes aspectos: 1. La competencia del juez administrativo es plena, sin 'deferencia especial' respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. […] 4. La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la Ley. […] 6. El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. […] 8. El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva. […] En ese orden de ideas, no puede considerarse el juez de lo contencioso administrativo como una tercera instancia del proceso disciplinario por el hecho de estudiar la valoración probatoria realizada por la autoridad disciplinaria, de conformidad con lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la sentencia apelada, pues, la jurisdicción contenciosa es garante de la tutela judicial efectiva y de los derechos de todo servidor público que acuda a ella para controvertir la legalidad de un acto de la administración, y en consecuencia tiene la obligación de analizar todas las causales de nulidad previstas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, sobre cualquier tipo de acto administrativo, sea o no de índole disciplinaria": Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 22 de octubre de 2018, radicado 2123891, expediente 05001-23-33-000-2014-01955-01 (3614-16).

Por su intensidad, se puede concluir que se trata de un control normal o pleno[61], en el que, en palabras de la jurisprudencia, el juez debe proceder a la recomposición del acto administrativo, es decir, retomar los hechos y las pruebas para determinar la corrección de la sanción impuesta[62]. Sin embargo, este control pleno es reforzado, ya que,

> … se caracteriza por la inaplicación de la regla de la justicia rogada, considerando que, para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en juego, la JCA realiza un control integral del fallo disciplinario no limitado a los cargos de la demanda; para fallar el asunto, examina el expediente disciplinario, practica pruebas y juzga si su valoración y el análisis jurídico hecho por la autoridad disciplinaria fue adecuado[63].

Sin embargo, no se realiza un examen de la necesidad de la medida.

II. LOS CRITERIOS PARA LA GRADACIÓN DE LA INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

"De todos los retos de la doctrina administrativista, la sistematización de los grados de control del juez del exceso del poder es, probablemente, el

---

61 "Con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia": Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de julio de 2020, radicado 2162810, expediente 20001-23-39-000-2016-00153-01 (1529-18).

62 "El juez facultado para revisar la decisión administrativa disciplinaria obra como un juez disciplinario, con las facultades no solo de anulación sino necesariamente de recomposición del acto sancionatorio, pues será este quien en ultimas defina no solo la restricción o no de los derechos protegidos en la disposición convencional mencionada –mediante la anulación no del acto administrativo disciplinario– sino también el contenido y extensión de la restricción –recomposición del acto administrativo disciplinario–": Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 22 de octubre de 2018, radicado 2123891, expediente 05001-23-33-000-2014-01955-01 (3614-16).

63 Andrés Fernando Ospina Garzón, "El control judicial del fallo disciplinario. Interrogantes, críticas y perspectiva", en *Comentarios al nuevo Código General Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 380.

más difícil"[64]. Aunque se han realizado intentos para encontrar criterios absolutos y uniformes para determinar la intensidad del control judicial, ello desconoce que en el ejercicio de la función judicial, en la resolución de casos concretos, hay muchos factores que deben ser tenidos en cuenta para que el control sobre los actos administrativos sea adaptado, suficiente y equilibrado. No basta con afirmar que la intensidad depende exclusivamente de las normas que otorgan la competencia, es decir, de la manera como se vincula legalmente a la Administración. La situación se torna más difícil cuando se constata que la intensidad depende, en gran medida, del contenido mismo de la decisión, razón por la cual, un mismo acto administrativo puede ser objeto de controles de intensidad variable: una parte de un control restringido, otra de un control pleno y otra de un control de la necesidad. En la graduación previa del control que se ejercerá resulta trascendental considerar los criterios racionales que se evidencian en la motivación de la decisión. Por esta vía, la decisión de la validez del acto administrativo podrá evidenciar que el control judicial logró un equilibrio adecuado respecto de los intereses en juego: la autonomía administrativa, derivada de la separación entre las ramas del poder público y los derechos de los administrados, especialmente, el derecho a que la tutela judicial sea efectiva. Los criterios para determinar la intensidad del control judicial se refieren a los riesgos de arbitrariedad y de afectación de derechos (A) y la amplitud del margen de apreciación reconocido a la autoridad administrativa (B).

A. Los riesgos de arbitrariedad y de afectación de derechos

Las medidas administrativas graves que afecten o pongan en riesgo los derechos de las personas no podrían ser objeto de un control mínimo, porque se atentaría contra el carácter efectivo de la tutela judicial. Si la libertad es el principio y sus restricciones la excepción, el control judicial

64 Benoit Plessix, *Droit administratif général*, 2.ª ed., París, LexisNexis, 2018, p. 1447.

debe incluir un examen de proporcionalidad propio de un control pleno[65]. Es por ello que el juez de los actos administrativos se convierte en el garante de los derechos y libertades de las personas afectados por medidas de policía administrativa, como las restricciones impuestas para evitar el contagio del covid-19[66]. Incluso, el control pleno protege las prerrogativas mínimas que definen la autonomía de las entidades territoriales previstas en el artículo 287 de la Constitución colombiana. Igualmente, cuando en la decisión administrativa se involucre una tensión de principios o de derechos, el control del error manifiesto de apreciación no resultaría ser un mecanismo idóneo para resolver el asunto[67].

Es en el control de las sanciones administrativas en donde se evidencia, de mejor manera, la graduación de la intensidad del control judicial, respecto del riesgo para los derechos fundamentales[68]. Igual que ocurrió en el control de los actos administrativos disciplinarios en el derecho

---

65 "Se sabe que el juez administrativo no duda en verificar el rigor de la medida, en consideración del impacto sobre determinada libertad, para determinar si es consecuente con la importancia de la amenaza de afectación (CE 19 mai 1933, *Benjamin*, Lebon, p. 541; CE 19 octobre 1909, *Abbé Olivier*, Lebon, pp. 180 et 181; RDP 1910, p. 69 note Jèze)": Claude Devès, " Une subvention étatique accordée à une association pour l'édition d'une brochure destinée à informer les jeunes des pratiques des sectes ne porte pas atteinte à la neutralité de l'État ou à la liberté des cultes", en *AJDA* 1992, p. 46.

66 Sobre la validez de la decisión de interrumpir el campeonato francés de fútbol, debido a la pandemia: Consejo de Estado francés, 2 y 7 salas reunidas, fallo del 23 de octubre de 2020, n.º 440810 440825 441161 441291, Rec.; cfr. Jean-Marc Pastor, "Intensité du contrôle du juge sur l'arrêt du championnat de France de football. Arrêt rendu par Conseil d'État, 23-10-2020, n.º 440810", en *AJDA*, 2020, p. 2058.

67 "En principio, el contrato es ley para las partes. Las intervenciones del juez deben ser, por lo tanto, limitadas, para preservar la libertad contractual. Sin embargo, en tratándose de contratos públicos, tal libertad contractual debe acomodarse a la finalidad de interés general que persiguen las entidades estatales. El alcance del control jurisdiccional depende, por tanto, de la conciliación de estos intereses": Mathias Amilhat, "Liberté contractuelle, contrats publics et rôle du juge", cit.

68 "Mientras más grave sea la sanción, más exigente resulta el control de proporcionalidad": Laurent Seurot, "De la difficulté de mesurer les effets de certains revirements de jurisprudence. Réflexions à partir de l'arrêt Dahan", en *AJDA*, 2021 p. 1960. En igual sentido: Rémi Keller: concl. sur CE, ass., 13 nov. 2013, *Dahan*, en RFDA, 2013, 1175.

colombiano, en donde el control actual resultó de una evolución[69] en la que la intensidad del examen judicial fue progresivamente reforzada, en el derecho francés el control tradicionalmente restringido a la identificación de errores manifiestos[70] fue abandonado. Se trataba de una jurisprudencia que "llevaba frecuentemente a favorecer los intereses de la Administración, en sacrificio de los de la persona sancionada"[71]. Para justificar la baja intensidad del control judicial se tomaba en consideración la ausencia de garantías de legalidad y tipicidad, que otorgaban un amplio margen de apreciación a la autoridad administrativa y la caracterización del poder disciplinario como una medida administrativa de la política de manejo del personal[72]. Sin embargo, en ambos países, la evolución hacia un control pleno (reforzado en Colombia) fue el resultado del proceso de constitucionalización del derecho administrativo que, en concreto, implicó el aumento de las garantías frente al poder de sanción estatal, así como el respeto del principio de necesidad de las penas, que funda la exigencia general de proporcionalidad de la sanción[73], y del impacto de los derechos fundamentales y de su eficacia respecto de la actividad administrativa. Tal proceso condujo a que la deferencia tradicionalmente reconocida a la Administración debió ceder frente a la efectiva protección de los derechos fundamentales[74], incluso en los campos en los que persiste la ausencia de

---

69 Fabrice Melleray, "De l'erreur manifeste d'appréciation au contrôle entier en matière de contentieux des sanctions", *adm.*, 2010, comm. n.º 82.

70 "Conforme a la jurisprudencia Lebon, de 1975, el control de las sanciones se limitaba al error manifiesto de apreciación sobre la gravedad de la sanción": Didier Jean-Pierre, "Les trente ans de la jurisprudence", *Lebon*, *JCP Adm.*, 2008, n.º 2147.

71 Samuel Etoa, "L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives", *AJDA*, n.º 7, 2012, p. 358.

72 Gilles Le Chatelier, "Le renforcement du contrôle du juge sur la proportionnalité des sanctions infligées aux agents publics. Deux ans d'application de la jurisprudence Dahan", cit., p. 511.

73 Ídem.

74 En las sanciones disciplinarias de las profesiones el fallo Arfi aumentó la intensidad del control judicial hacia el control pleno: Consejo de Estado francés, Sección Segunda2 de junio de 2007, req. n.º 272650, *Lebon* 263; RFDA, 2007, 1199, concl. M. Guyomar. Por su parte, en las sanciones respecto de los administrados, el fallo Athom amplió el control, al permitir que las sanciones fueran demandadas mediante un recurso de pleno

una lista cerrada de infracciones y, por lo tanto, la capacidad administrativa de apreciación de la falta es bastante amplia[75], como es el caso de la disciplina carcelaria[76]. Por el influjo de los derechos humanos, cada día pierde más peso el argumento de la relación especial de sujeción, para justificar la disminución de garantías. Aunque la evolución ha sido objeto de críticas formuladas desde los intereses de quien sanciona[77], se trata de un paso inevitable en la eficacia de los derechos de las personas, respecto

---

contencioso: Consejo de Estado francés, Ass., 16 de febrero de 2009, n.º 274000, *Lebon* 25. En las sanciones disciplinarias de funcionarios públicos, el control restringido fue abandonado en el fallo Dahan, del 13 de noviembre de 2013: "La jurisprudencia Dahan marca una evolución real en el oficio del juez del contencioso disciplinario. Al ejercer ahora un control de la proporcionalidad de las sanciones, debe conocer la situación del funcionario y examinar el conjunto de hecho y contexto en el cual ocurrieron, al tiempo que debe tomar en consideración la situación del agente y su hoja de vida": Gilles Le Chatelier, "Le renforcement du contrôle du juge sur la proportionnalité des sanctions infligées aux agents publics. Deux ans d'application de la jurisprudence Dahan", cit., p. 511.

75 "Los agentes públicos permanecen, igual que los estudiantes y los detenidos, expuestos a ser sancionados por comportamientos no expresamente calificados como infracción por las normas, y el poder jerárquico implica la apreciación del comportamiento. Por esto, el argumento según el cual el juez se encontraría mal equipado para apreciar la proporcionalidad de la sanción frente a la falta, porque la ley no ofrece términos para la comparación, argumento que no ha perdido veracidad": Aurélie Bretonneau y Jean Lessi, "Sanctions infligées aux agents publics: M. Lebon sort du Recueil", cit., p. 2432.

76 "Ahora le corresponde al juez examinar la proporcionalidad de la sanción disciplinaria y modificar el contenido de la medida que considere desproporcionada; ello debería llevar a las comisiones de disciplina a motivar de manera más escrupulosa la decisión de puesta en celda y su duración. Aunque el control de las medidas de disciplina en las cárceles es, todavía, objeto de un recurso por exceso de poder" (CE 4 févr. 2013, req. no 344266, Dalloz actualité, 16 févr. 2013, obs. de Montecler; D. 2013. 1306, obs. Herzog-Evans; AJDA 2013. 321, Rev. pénit. 2013. 393, obs. Céré)": Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale.

77 "[…] el paso hacia un control pleno podría conducir a paralizar la acción disciplinaria administrativa, actividad en la que la Administración se muestra ya bastante débil, incluso mansa. Profundizar el control del juez sobre las sanciones disciplinarias tendría el riesgo de traer efectos indeseables": Terry Olson, "Conclusiones respecto del Consejo de Estado francés", *Touzard*, req. n.º 271676, 1.º de febrero de 2006, Lebon 38.

del poder punitivo estatal, por mandatos constitucionales y derivados de compromisos internacionales.

Aunque el proceso hacia el fortalecimiento del control judicial de las sanciones es una realidad común, no es posible hacer una afirmación general respecto del control de las sanciones administrativas, teniendo en cuenta la heterogeneidad, diversidad e, incluso, gravedad variable que envuelve la categoría[78]. Contrario al método aplicado por el juez colombiano, la intensidad del control judicial debería ser variable dependiendo no de la materia en la que se ejerce el poder de sanción, sino de la gravedad concreta de la medida: los llamados de atención y las multas de menor intensidad no pueden ser juzgados con igual rigor que las destituciones, con inhabilidad, porque son distintos los impactos sobre los derechos fundamentales.

Ahora bien, el criterio relativo a la gravedad de la medida respecto de las libertades y los derechos fundamentales debe conjugarse con una evaluación concreta de las garantías contra la arbitrariedad que ofrecía el órgano que adoptó el acto administrativo, así como de la calidad del procedimiento que desarrolló y de la motivación de la decisión. En efecto, si se trata de un órgano cuya composición, perfil y calidades de sus miembros, forma de selección o de nombramiento, período fijo sin posibilidad de reelección, entre otros elementos, indican que se encuentra exento de presiones que afecten su independencia y que, por lo tanto, comprometan su imparcialidad[79], el control judicial de sus decisiones puede no ser máximo, porque se puede presumir que la decisión fue técnica, libre de presiones y de motivos subjetivos. En no pocas ocasiones, cuando el legislador difiere en la autoridad administrativa la definición de importantes aspectos técnicos, es decir, cuando la programación legal de la actividad administrativa es mínima,

---

78 "Los controles del juez administrativo testimonian esta heterogeneidad. Debe distinguirse si se trata de una sanción que la Administración impone a un administrado (recurso de pleno contencioso), de una sanción respecto de un miembro de una profesión (recurso por exceso de poder, con control normal) o de una sanción respecto de un agente público (recurso por exceso de poder, con control restringido)": Samuel Etoa, "L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives", cit., p. 358.

79 Jean-Louis Autin, "Autorités administratives indépendantes, démocratie et état de droit", *Droit et société*, n.º 93, 2016/2, p. 285.

tal amplitud de competencia se compensa con garantías para la entidad y para los destinatarios de sus actos administrativos. La unanimidad del organismo colegiado también refuerza la decisión y, por lo tanto, permite, en principio, que el control no sea tan estricto[80]. Igualmente, si la decisión fue fruto de un procedimiento en el que se ofrecieron reales y suficientes garantías de imparcialidad subjetiva y estructural o procedimental, así como de un debate probatorio y argumental profundo, el control puede ser poco intenso, frente a uno realizado respecto de una decisión tomada como resultado de un proceso mínimamente garantista. Allí se encuentra la razón por la que las jurisprudencias colombiana y europea admiten la atenuación de las garantías del debido proceso administrativo, bajo la condición de que la decisión administrativa sea objeto de un control jurisdiccional pleno[81]. Asimismo, una decisión pobremente motivada puede justificar el aumento de la intensidad del control, frente a otra en la que se realizó un detallado estudio de las pruebas y de los argumentos, de los elementos

---

80 "De ahí que, a nuestro parecer, deba extremarse todo tipo de precauciones en estos procesos de sustitución de la decisión técnica por la decisión judicial, sobre todo si la decisión fue adoptada por unanimidad de los miembros del tribunal calificador, algo que, en todo caso, indica que no se trató de una valoración dudosa o influida por consideraciones meramente subjetivas, lo que supone un evidente reforzamiento de la posición adoptada por el órgano de selección": Joan Mauri Majós, "Deferencia judicial y control de la discrecionalidad técnica en la selección del personal para el ejercicio de funciones públicas", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa*, *decisiones cualificadas y deferencia judicial*, cit.

81 La matización o atenuación de las garantías del debido proceso "se funda en el reconocimiento de que los principios constitucionales de eficiencia y eficacia, predicables de las actuaciones administrativas (art. 209 de la Constitución), justifican, según las circunstancias, una modulación proporcional de las garantías del procedimiento administrativo, la que resulta compensada, en todo caso, por el control judicial posterior que realiza la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo": Corte Constitucional, sentencia C-225 de 2017. La reducción de garantías se compensa por "el control posterior de un órgano judicial de plena jurisdicción, con las garantías de este artículo": Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo del 10 de febrero de 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, A. 58, § 29; "Un procedimiento administrativo que respete las reglas del proceso equitativo puede compensar un control jurisdiccional menos profundo": Romain Tinière, "La notion de "pleine juridiction" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif", cit., p. 729.

técnicos que fueron valorados, así como del razonamiento que condujo a tomar tal determinación[82]. Es por ello que, a pesar de la discrecionalidad presente en la expedición de actos administrativos de libre nombramiento y remoción, no es justificable que el control sea restringido, al tratarse de una decisión no motivada y que impacta en los derechos fundamentales del destinatario[83]. Incluso la ausencia de motivación suficiente debe implicar una profundización del control judicial, así se trate de una materia en la que se ha reconocido amplio margen de apreciación a la autoridad administrativa[84]; discrecionalidad no es arbitrariedad y la motivación riñe con el capricho.

B. La amplitud del margen de apreciación reconocido a la autoridad administrativa

A la autoridad administrativa puede reconocérsele un margen propio de apreciación que, salvo la combinación con otros criterios, debe ser respetado

---

82 "Al respecto se ha declarado que dicho contenido debe cumplir al menos una serie de exigencias esenciales como pueden ser las siguientes: a) Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico. b) Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizaran para emitir el juicio técnico. c) Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce a un resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás": Joan Mauri Majós, "Deferencia judicial y control de la discrecionalidad técnica […]", cit.

83 Probar los vicios del acto administrativo constituye "una carga excesiva cuando la Administración no motiva el acto administrativo, por ejemplo, respecto de los funcionarios discrecionales o de libre nombramiento y remoción. Para crear paz, garantizar la "prevalencia del derecho sustancial y el valor de la justicia" y reequilibrar el proceso, el juez de lo contencioso administrativo debe ejercer la facultad de distribuir cargas probatorias, […] a fin de que la tutela judicial sea efectiva": Andrés Fernando Ospina Garzón, "La justicia administrativa o los "medios de control" para la paz", cit., pp. 695-696.

84 "De hecho, faltando la motivación, no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la calificación se ha movido dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, responde a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de justificación técnica": Joan Mauri Majós, "Deferencia judicial y control de la discrecionalidad técnica en la selección del personal para el ejercicio de funciones públicas", cit.

por el control judicial. Dicho margen de apreciación puede resultar de la atribución de una competencia discrecionalmente amplia o del carácter técnico o cualificado de la materia, o de la decisión que se adopta.

En lo que respecta a la discrecionalidad administrativa, es necesario considerar que la intensidad del control viene predeterminada por la norma que atribuye la competencia y, al reconocer a la autoridad administrativa la existencia de varias decisiones posibles, no tipificadas y todas igualmente válidas, no es al juez a quien le corresponde escoger la decisión correcta[85]. Por lo tanto, el control de los actos administrativos fruto de competencias discrecionales está limitado, en principio, a la identificación de errores manifiestos de apreciación[86]. Así, es posible sostener que la discrecionalidad administrativa se encuentra no en la ley que programa la actividad administrativa, sino en el autocontrol que el juez ejerza respecto de la decisión tomada[87]. A pesar de que el artículo 44 del CPACA dispone que "En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa", ello no significa que el juez deba realizar en todos los casos controles intensos de proporcionalidad, porque se desconocería el margen de apreciación

---

85 "La ley da, igualmente, la medida del control judicial del poder ejecutivo": Pierre Delvolvé, "Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?", cit., p. 303; "La intensidad del control varía en función de las exigencias de la legalidad": Bertrand Seiller, *Droit administratif*, t. 2, 6.ª ed., París, Flammarion-Champs, 2016, p. 258.

86 Respecto de las competencias discrecionales, el control se limita "al control de la desviación de poder, al de la existencia de los hechos determinantes y al del error de derecho que derive de una apreciación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control del respeto a los principios generales del derecho, incluido el de las decisiones arbitrarias por manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, así como al control del cumplimiento de las garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación) que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales": Miguel Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 159.

87 "Esos grados de control definen grados del poder discrecional de la Administración, poder que se define a través de la intensidad del control ejercido por el juez": Jean-Marc Peyrical, "Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation: étude sur la neutralisation et la substitution des motifs", *AJDA*, 1996, p. 22.

reconocido a la autoridad administrativa, salvo que haya otros criterios para profundizar el control, tales como los riesgos para los derechos fundamentales de las personas.

Entonces, es la autonomía administrativa, en ejercicio de las competencias administrativas, el principal argumento para reducir la intensidad del control judicial de los actos administrativos[88], en la medida en que el margen de apreciación se reconoció a la autoridad administrativa, no al juez. Igualmente, el control respecto del ejercicio de competencias discrecionales varía de intensidad, dependiendo de si para su ejercicio el legislador previó o no referentes de validez, o criterios para el ejercicio de la potestad o, por el contrario, dejó en libertad a la autoridad administrativa para determinar los fundamentos de su decisión, pero siempre para alcanzar los fines que presupuso la norma legal. Es decir que ante la ausencia completa de parámetros o referentes normativos, el control judicial no tendría elementos objetivos para suplantar el juicio administrativo por un examen judicial que sería, en realidad, próximo al control de la conveniencia[89]. Esa fue la razón que inspiró en Colombia que la versión original del Código Contencioso Administrativo autorizara el control de los actos políticos o de gobierno, pero únicamente por razones de forma, restricción que, aunque con suficiente razón fue declarada inexequible, conduce a que, ante la ausencia de códigos legales para el manejo de las relaciones internacionales y de las relaciones entre ramas del poder público, el juez realice un control restringido, de baja intensidad, a fin de no reemplazar al jefe de Estado y jefe de Gobierno. En el derecho de la

---

88 "En la medida en que la norma que habilita a la Administración cada vez la programa menos, ello requiere un tipo de revisión judicial posterior que tome decidida y claramente en consideración este cambio en la estructura de las normas y en su función directiva de los cometidos de la Administración": Elisenda Malaret García, *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial: introducción general*, cit.

89 La ley "no puede habilitar (o aun obligar) al juez contencioso-administrativo a controlar una determinada actuación administrativa, si al mismo tiempo no le aporta parámetros (jurídicos) que hagan viable el control pretendido, es decir, si no programa dicha actuación con la densidad normativa necesaria (ultra *posse nemo obligatur*)": Mariano Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa*, *control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 206 y ss.

migración o de los extranjeros existen competencias amplias frente a las cuales el control judicial se restringe[90], salvo que exista amenaza de derechos fundamentales o situaciones objetivas que justifiquen el derecho a la permanencia del extranjero en el país. Igualmente, el origen democrático y representativo que funda la competencia del órgano administrativo es un argumento válido para respetar su autonomía de juicio, por ejemplo, en tratándose de las normas tributarias adoptadas por los concejos y por las asambleas departamentales[91].

Por otra parte, la intensidad del control judicial se atenúa, en principio, respecto de las decisiones fundamentadas por razones científicas o técnicas. Aunque una parte de la doctrina hace referencia en este caso a la denominada *discrecionalidad técnica*, se trata de una expresión inexacta, teniendo en cuenta que no estamos frente a casos en los que existe un abanico de posibilidades de decisión, sino que, por el contrario, la ciencia y la técnica son las razones que dirigen la adopción de la decisión que, por ello, pareciera a primera vista, como la única adecuada. Por ello que resulta más correcta la expresión de *decisiones administrativas cualificadas*[92], en reemplazo de la antitécnica de discrecionalidad técnica.

---

90 "Teniendo en cuenta el carácter indeterminable de las normas aplicables en materia del control de la migración, el juez utiliza el instrumento del error manifiesto sobre diferentes tipos de decisiones": Richard Deau, "Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles "entiers" en matière de droit des étrangers", cit., p. 1188.

91 "Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la materia tributaria es un aspecto en el que las corporaciones públicas, como el Congreso, las asambleas y los concejos, gozan de un amplio margen de apreciación, debido al carácter político de la materia y a la representatividad democrática de tales órganos, razón por la cual, el control judicial de la moralidad administrativa no puede desconocer la autonomía de las corporaciones públicas y reemplazar el juicio de mérito u oportunidad tributaria, propio de tales órganos, por el examen judicial de la conveniencia, soterrado en nombre de la moralidad": Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 14, sentencia del 26 de agosto de 2021, expediente 11001-33-31-017-2008-00266-01.

92 "Nos referimos a decisiones cualificadas –en cuanto resuelven cuestiones complejas y/o no basadas en la mera aplicación de las condiciones establecidas por la ley– en las que para resolver el órgano (colegiado) ha debido determinar, valorar y apreciar circunstancias relativas a los hechos y para ello ha aplicado conocimientos no jurídicos,

Es en el derecho de los Estados Unidos en donde la jurisprudencia reconoció inicialmente que había asuntos en los que la Ley definió únicamente aspectos generales de la regulación y confirió competencia a autoridades administrativas técnicas o científicas, para la determinación y desarrollo de los elementos de las reglamentaciones y decisiones particulares en tales materias[93]. Es así como en el famoso caso Chevron, la Suprema Corte entendió que el control judicial debía ser deferente –*judicial deference* [94]– respecto de la definición técnica de los niveles aceptables de polución ambiental a través de la medición de fuentes estacionarias, establecidos por la agencia independiente de protección ambiental EPA. Pero las restricciones en el juicio no significa ausencia total de control[95].

---

por lo que, de manera sintética utilizamos la noción de técnica para referirnos a este haz de conocimientos que constituyen un saber profesionalizado o una ciencia, en su caso": Elisenda Malaret Garcia, *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial: introducción general*, cit.

93 "En razón de que dichos aspectos científicamente complejos no se encuentran precisados ni definidos por el Legislativo, y de que resulten vitales para una aplicación correcta y adecuada de la norma, las Administraciones públicas deben determinar los mismos [...] Así, la discrecionalidad técnica vendría a ser definida como el proceso, elaborado por el órgano administrativo competente, mediante el cual se procede a determinar los elementos propios de un mandato legislativo, carentes de precisión, en razón de su compleja naturaleza científica": Manuel Enrique Ventura Rodríguez, *Deferencia y discrecionalidad*, *control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 57-59

94 National Broadcasting Co. *vs.* United States, 319 U.S. 190; Labor Board *vs.* Hearst Publications, Inc., 322 U.S. 111; Republic Aviation Corp. *vs.* [467 U.S. 837, 845] Labor Board, 324 U.S. 793; Securities & Exchange Comm'n *vs.* Chenery Corp., 332 U.S. 194; Labor Board *vs.* Seven-Up Bottling Co., 344 U.S. 344. Chevron U.S.A., Inc. *vs.* Natural Resources Defense Council, Inc. 28 (1984) 467 U.S. 837 y U.S. *vs.* Mead Corp. 29 (2001) 533 U. S.

95 "En cuestiones de revisión sustantiva, de conformidad con las normas legales y los requisitos de racionalidad, los jueces deben actuar con moderación. Restricción, sí, abdicación, no": Corte de Apelaciones de los Estados Unidos del Distrito de Columbia, sentencia del 19 de marzo de 1976, *Ethyl Corporation*, *c. Environmental Protection Agency*, expedientes 73-2205, 73-2268 a 73-2270 y 74-1021.

La deferencia judicial[96] reconocida respecto de las decisiones administrativas cualificadas se ha justificado tradicionalmente por la asimetría de conocimientos y de medios entre la autoridad técnica y la autoridad judicial que realiza el control, por lo que el juez no se encontraría en condiciones adecuadas para juzgar la corrección técnica de la decisión[97], argumentos prácticos, más que teóricos, en los términos de García de Enterría[98]. Incluso cuando el juez se aventura a entrar en el fondo de la técnica, se arriesga a cometer errores, que no son perdonados por la doctrina especializada[99].

---

96 "Así, el principio básico de deferencia judicial es que el tribunal no busque desafiar o sustituir el criterio de la autoridad decisora por el propio ni soslaye la sabiduría de una política pública o de una ley": Sergio López Ayllón, Adriana García García y Andrea Marván Saltiel, "Especialización judicial y deferencia", en Adriana García y Sergio López (eds.), *Perspectivas comparadas de la justicia administrativa*, México, CIDE, 2017, p. 345.

97 "Muchas decisiones administrativas son adoptadas por motivos cuya tecnicidad es tal que el juez debe someterse a las afirmaciones de la Administración y de los especialistas. Sería entonces más honesto reconocer que, al ser incapaz de ejercer un control efectivo, el juez debe renunciar a ejercer el control, en lugar de dar la falsa ilusión de que controla": Raymond Odent, *Contentieux administratif*, Les cours du droit, 1979-1980, París, p. 1563. "Este último punto es otra razón que justifica que se prefiera un control mínimo. La tecnicidad de la materia pone de presente la diferencia de instrumentos y, de pronto también, de conocimientos entre el juez administrativo y las autoridades de regulación": Louis de Fontenelle, "Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation", *AJDA*, 2018, p. 571.

98 "[…] la deferencia hacia la Administración intenta explicarse inicialmente con argumentos pragmáticos más que teóricos: la deferencia es obligada, dada la calidad de los expertos técnicos en materias complicadas con que cuenta la Administración, incomparable con la parvedad de medios de los Tribunales y su mucho trabajo; […] la vieja tradición, a la que ya hemos aludido, de *hands-off*, de manos fuera de los asuntos del Ejecutivo, o de no interferencia en su funcionamiento; la idea de que ha habido una voluntad del Legislativo de delegar esas arduas cuestiones en el Ejecutivo, y, en fin, siempre, el Principio de división de poderes; de modo que, como ha dicho Thomas W. Merril, 'todo caso de interpretación de Ley se convierte en un caso de separación de poderes'": Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 2009, p. 185.

99 Al comentar un fallo del Consejo de Estado respecto de la validez de una sanción de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionada con un acuerdo de fijación de precios, como práctica restrictiva de la competencia, el profesor Aníbal Zárate

En realidad, a más de que el juez cuenta con la posibilidad de recurrir a expertos en la instrucción de los asuntos, es necesario aclarar que el control judicial no es un control técnico, sino esencialmente jurídico; "porque la habilidad se excluye intuitivamente del control jurisdiccional, el juez reconocerá, a veces hábilmente, un margen de maniobra y de discreción a los que se les dice "expertos"[100]. Por lo tanto, la deferencia se justifica por el contenido material de la decisión, lo que implica que el juez, en esencia, deba controlar únicamente el respeto de los procedimientos y la razonabilidad y coherencia del acto administrativo controlado[101]. No es necesario ser científico para examinar la validez jurídica de una decisión cualificada.

Por la naturaleza de la materia, por los conocimientos de quienes participaron en la instrucción y decisión del asunto[102] y por las garantías que rodean la autoridad y la decisión es posible sostener que la decisión administrativa cualificada goza de una especie de presunción de

---

pone de presente cómo, en esta materia técnica, la decisión de primera instancia incurrió en graves imprecisiones: confundió los conceptos de restricción de la competencia y de competencia desleal, al tiempo que condicionó el reproche a que el acuerdo restrictivo de la competencia fuera entre grandes o muchas empresas. Por lo tanto, concluyó que juzgar ese tipo de materias implica "un 'saber técnico' para detectar los eventuales efectos anticompetitivos de un acto de la Administración o de un comportamiento determinado de las empresas presentes en un mercado" [...]. Entonces, el autor se pregunta: "¿Es nuestro juez de lo contencioso administrativo un generalista frente a expertos?": Aníbal Rafael Zárate Pérez, "Análisis económico por el juez de lo contencioso administrativo. Prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos de fijación de precios", en Andrés Fernando Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 416 y 417.

100 Rhita Bousta, "Le juge français face à l'expertise: réflexions sur le contentieux des autorités administratives et publiques indépendantes", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa*, *decisiones cualificadas y deferencia judicial*, cit. Debido a tales limitaciones, el juez "actúa de manera circunspecta, incluso ininteligible, para retomar, palabra por palabra, los vocablos utilizados por el experto": ídem.

101 "En otras palabras, el juez no se convierte en un experto en la materia, pero evalúa la coherencia del proceso de toma de la decisión": ídem.

102 "Conocimiento, saber, saber hacer específico e independencia constituyen las fuentes de legitimidad de las instancias decisorias": Elisenda Malaret García, *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial: introducción general*, cit.

razonabilidad y acierto[103], aunque la presunción de legalidad sea la misma que se predica de cualquier acto administrativo[104]. Partir de la premisa de corrección de la decisión administrativa calificada genera que, por regla general, su control sea de menor intensidad.

Uno de los ámbitos en los que se encuentran las llamadas decisiones cualificadas es en la regulación. Sin embargo, en dicha actividad no necesariamente se recurre a verdaderas decisiones administrativas y, por el contrario, la regulación acude a actuaciones administrativas informales. En esta materia, el Consejo de Estado francés aceptó la posibilidad de controlar judicialmente el derecho no formalmente obligatorio –derecho flexible–, sin necesidad de desnaturalizarlo como derecho duro[105], y aun-

---

103 Nuria Ruiz Palazuelos, *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores. Un análisis de casos en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones*, Madrid, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018, p. 202. "Entendida la discrecionalidad técnica como una presunción –si se quiere fuerte o reforzada […] presunción de certeza de la actuación administrativa que resulta en principio del privilegio posicional de la decisión previa": Joan Mauri Majós, "Deferencia judicial y control de la discrecionalidad técnica en la selección del personal para el ejercicio de funciones públicas", cit.; "Porque se presume competente, el jurado se presume razonable": Alexis Zarca, "Le contrôle juridictionnel des décisions des organes indépendants composés selon des critères de professionnalisation", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa*, *decisiones cualificadas y deferencia judicial*, cit.; "Las decisiones de la autoridad colombiana se presumen bien motivadas cuando se soportan en un criterio científico, técnico o económico sustancial. Ese razonamiento de origen jurisprudencial se manifiesta en una forma de 'deferencia' hacia los actos de las autoridades de la competencia, incluso si son generales […] esta deferencia parece manifestarse en el carácter limitado del control judicial, principalmente, al respeto de las garantías procesales y de los derechos de la defensa": Aníbal Rafael Zárate Pérez, L'indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative Colombie, France, États-Unis, tesis de doctorado, Universidad de París II, 2011, pp. 84 y 85, disponible en https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/f6e96e4c-86a8-46c9-aac5-0e163d590431?inline.

104 En contra: "La presunción de legalidad de la decisión de los TARC se ve reforzada y es considerada como cualificada": Domènec Sibina Tomàs, "Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC) y control jurisdiccional", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa*, *decisiones cualificadas y deferencia judicial*, cit.

105 El Consejo de Estado francés había aceptado el control del derecho suave, si contenía,

que reconoció el margen de apreciación de la autoridad que adopta este tipo de actos no formalmente normativos, no en todos los casos realizó un control deferente. Así, controló: 1) un comunicado de la autoridad de los mercados financieros que advertía frente a las inversiones propuestas por una sociedad[106]. En ese caso, se limitó al control del error manifiesto de apreciación[107]; 2) una decisión de la autoridad francesa de la competencia que concluía que ya no tenía objeto proferir una orden respecto de la fusión de CanalSatellite y TPS[108]. La decisión concluyó que esos actos eran demandables si "tienen la capacidad de producir efectos notables, particularmente efectos económicos o pueden influenciar significativamente los comportamientos de las personas a las que se dirigen", y sostuvo que el control de legalidad debe "tener en cuenta su naturaleza, características y el poder de apreciación del que dispone la autoridad de regulación", y 3) las "líneas directoras"[109], expresión utilizada para no confundir las directivas administrativas, con las directivas europeas[110]. La aceptación de

---

en realidad, normas obligatorias, es decir, si se trataba de un acto administrativo: "los conceptos, recomendaciones, advertencias y tomas de posición adoptadas por las autoridades de regulación pueden ser demandadas cuando son disposiciones generales e imperativas o cuando contienen órdenes individuales cuyo desconocimiento puede ser reprochado posteriormente por la misma autoridad": Consejo de Estado francés, 11 de octubre de 2012, *Casino Guichard-Perrachon (Sté)*, n.º 357193, Lebon; *AJDA*, 2012, p. 1925; ibíd. 2373, chron. X. Domino et A. Bretonneau; D. 2013. 732, obs. D. Ferrier; RTD com. 2012. 747, obs. E. Claudel; Ibíd., 2013. 237, obs. G. Orsoni".

106 Consejo de Estado, 21 de marzo de 2016, *Fairvesta*, n.º 368082.

107 Marie Christine de Montecler, "Autorités de régulation: extension du contrôle de légalité. Arrêt rendu par Conseil d'État", 21 de marzo de 2016, n.º 368082, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 715.

108 Consejo de Estado, 21 de marzo de 2016, *Numericable*, n.º 390023. Marie-Christine de Montecler, "Le droit souple entre dans le prétoire. Arrêt rendu par Conseil d'État, Assemblée", 21 de marzo de 2016, n.º 390023, *AJDA*, 2016, p. 572.

109 "La importancia de esta decisión resulta de la "ambigüedad" de las líneas directoras que, respecto de los otros actos del derecho suave, no son completamente idénticos, pero tampoco completamente diferentes": Louis de Fontenelle, "Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation", cit., p. 571.

110 Consejo de Estado francés, 13 de diciembre de 2017, n.º 401799, *Société Bouygues Télécom*, Lebon; *AJDA* 2017, 2497. Esto era pedido por la doctrina: Fabrice Melleray,

su control judicial tuvo en consideración la capacidad de estos actos para producir efectos relevantes en el comportamiento de los sujetos, aún sin ser formalmente obligatorias –control por su eficacia–[111]. A pesar de tratarse de materias técnicas, la preocupación por una tutela judicial efectiva llevó a que el control de estos actos no fuera deferente y se realizara un control pleno sobre el error de apreciación.

Este último ejemplo muestra cómo en la graduación de la intensidad del control judicial de los actos administrativos no juega un solo criterio, sino una combinación de factores que deben ser ponderados, y no existen reglas absolutas[112]. La política jurisprudencial, en el buen sentido de la expresión, puede llevar a ampliar o restringir válidamente los controles judiciales, pero a través de razones objetivas y confesables en la motivación de la sentencia. La congestión de la justicia o la extensión del expediente no son argumentos válidos para realizar un control judicial superficial. Finalmente, la indebida interpretación y aplicación de los argumentos o criterios expuestos no debería permitir ser deferente en materias en las que los riesgos de arbitrariedad o de vulneración grave de los derechos fundamentales sean patentes. El éxito del control judicial radica, entonces, en la adecuada graduación de sus instrumentos.

"Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple", cit., p. 679; *GAJA*, n.º 117, 21 ed., Dalloz, 2017.

111 "En realidad, no parece lógico que las líneas directoras, adoptadas por una autoridad de regulación, no sean influyentes. En efecto, ellas sirven para guiar la acción de la Administración en la adopción de decisiones individuales y, a la vez, sirven para informar al administrado acerca de los criterios que van a orientar dichas decisiones": Louis de Fontenelle, "Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation", cit., p. 571.

112 La intensidad del control judicial resulta "de una combinación de elementos explicativos, o de consideraciones prácticas (inconveniencia del control), que se mezclan con consideraciones jurídicas (competencia de los miembros del órgano y materia propia de la decisión) e, incluso, razones extrajurídicas (carácter técnico de la decisión –lo que no importa en todos los casos–). Ciertamente, ninguno de esos factores es, por sí solo, suficiente, pero cada uno juega un rol más o menos determinante": Alexis Zarca, "Le contrôle juridictionnel des décisions des organes indépendants composés selon des critères de professionnalisation", cit.

CONCLUSIÓN

Ya se ha identificado en el pasado[113] que los problemas que aquejan el ejercicio de la función administrativa contagian irremediablemente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que, por una suerte de ley conmutativa, los disfuncionamientos del juez, terminan dañando a la Administración. Pero lo mismo se predica de las virtudes. La progresiva tecnificación de la actividad administrativa tiene un impacto positivo en la calidad esperada del control judicial y de la jurisprudencia. Igualmente, la determinación clara y razonada de la intensidad o de las intensidades del control judicial que se realizará constituye un avance para decidir mejor, administrar justicia de mejor manera, proteger eficazmente los derechos de las personas, garantizar la separación entre las ramas del poder público, proferir decisiones mejor motivadas y predictibles y, en últimas, para que el control judicial cumpla adecuadamente la función pedagógica que le es propia respecto de la Administración pública. Sin embargo, valga la pena lanzar una advertencia: la técnica de la graduación de la intensidad del control judicial no convierte, de manera alguna, el control judicial de los actos administrativos en un ejercicio matemático; no es un instrumento para escudarse en la técnica y, por esa vía no motivar la sentencia o, peor aún, para no controlar.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

Autin, Jean-Louis, "Autorités administratives indépendantes, démocratie et état de droit", *Droit et Société*, n.º 93, 2016/2.

Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Marcial Pons, Madrid, 1997.

113 Andrés Fernando Ospina Garzón, "La justicia administrativa o los medios de control para la paz", cit., p. 654.

Baudouin, Jacques, "Conclusiones en el caso del Consejo de Estado, 6 de noviembre de 1970", *Guyé*, en *RDP* 1971.

Bousta, Rhita, "Le juge français face à l'expertise: réflexions sur le contentieux des autorités administratives et publiques indépendantes", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa*, *decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Pamplona,Aranzadi, 2020.

Bretonneau, Aurélie y Jean Lessi, "Sanctions infligées aux agents publics: M. Lebon sort du Recueil", *AJDA*, 2013.

Brisson, Jean François, *Le recours pour excès de pouvoir*, 3.ª ed., París, Ellipses, PUF, 2010.

Corre-Basset, Antoine, "La 'conception française de la séparation des pouvoirs' et l'intensité du contrôle juridictionnel en droit administratif Perspective historique et comparée", *RDP*, n.º 4, 2020.

Daël, Serge, *Contentieux Administratif*, 3.ª ed., París, PUF, 2010.

De Fontenelle, Louis, "Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation", en *AJDA*, 2018.

De Montecler, Marie Christine, "Autorités de régulation: extension du contrôle de légalité. Arrêt rendu par Conseil d'État 21-03-2016", n.º 368082, *Recueil Dalloz*, 2016.

De Montecler, Marie-Christine, "Le droit souple entre dans le prétoire. Arrêt rendu par Conseil d'État, Assemblée, 21-03-2016, n.º 390023", en *AJDA*, 2016.

Delvolvé, Pierre, "Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?", en *Conseil Constitutionnel et Conseil d'État. Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, París, LGDJ Montchrestien, 1988.

Devès, Claude, "Une subvention étatique accordée à une association pour l'édition d'une brochure destinée à informer les jeunes des pratiques des sectes ne porte pas atteinte à la neutralité de l'État ou à la liberté des cultes", en *AJDA*, 1992.

Dreyfus, Jean-David, "Le contrôle du Conseil d'État sur le regroupement de prestations en un seul lot", *AJDA*, 2009.

Etoa, Samuel, "L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives", *AJDA*, n.º 7, 2012.

García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 2009.

González Rey, Sergio, "La aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales", en Andrés Fernando Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Hernández Silva, Aida Patricia, "Indemnización y compensación de perjuicios en la responsabilidad patrimonial del Estado", en Juan Carlos Henao y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Jean-Pierre, Didier, "Les trente ans de la jurisprudence", *Lebon*, *JCP Adm.*, n.º 2147, 2008.

Keller, Rémi, "Concl. sur CE", ass., 13 nov. 2013, *Dahan*, en *RFDA* 2013.

Labetoulle, Daniel, "La jurisprudence Ville Nouvelle Est cinquante ans après", *RFDA*, 2021.

Lachaume, Jean-François, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF Droit, Thémis, 2003.

Le Chatelier, Gilles, "Le renforcement du contrôle du juge sur la proportionnalité des sanctions infligées aux agents publics. Deux ans d'application de la jurisprudence Dahan", en *AJ Collectivités Territoriales*, 2015.

López Ayllón, Sergio, Adriana García García y Andrea Marván Saltiel, "Especialización judicial y deferencia", en Adriana García y Sergio López (eds.), *Perspectivas comparadas de la justicia administrativa*, México, Cide, 2017.

Majós, Joan Mauri, "Deferencia judicial y control de la discrecionalidad técnica en la selección del personal para el ejercicio de funciones públicas", en Elisenda

Malaret (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

Malaret García, Elisenda, "Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial: introducción general", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

Marín Hernández, Hugo Alberto, "El debate sobre el alcance y los límites del control judicial del ejercicio de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española", *Revista Derecho del Estado* n.º 13, diciembre de 2002.

Mathias Amilhat, "Liberté contractuelle, contrats publics et rôle du juge", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

Mathieu, Benjamin, "L'office du juge de l'homologation d'une transaction: du nouveau?", *Recueil Dalloz*, 2018.

Maugüé, Christine y Laurent Touvet, "Étendue du contrôle du Conseil d'État, juge de cassation, dans le domaine de la responsabilité de l'administration", en *AJDA*, 1993.

Melleray, Fabrice, "De l'erreur manifeste d'appréciation au contrôle entier en matière de contentieux des sanctions", *Dr. adm.*, comm. n.º 82, 2010.

Montaña Plata, Alberto. *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Odent, Raymond, *Contentieux administratif*, Les cours du droit, París, 1979-1980.

Olson, Terry, "Conclusiones respecto del Consejo de Estado francés", *Touzard*, req. n.º 271676, Lebon 38, 1.º de febrero de 2006.

Ospina Garzón, Andrés Fernando, "Efectos de la anulación de los actos administrativos. Modulación de los efectos temporales", en Andrés Fernando Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Ospina Garzón, Andrés Fernando, "*Iura novit curia* justicia rogada. Definición de los poderes del juez según el tipo de litigio", en Andrés Fernando Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Ospina Garzón, Andrés Fernando, "La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann", en Jaime Orlando Santofimio, Javier Barnés Vásquez y Mónica Liliana Ibagón (eds.), *Perspectivas de una reforma. Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Ospina Garzón, Andrés Fernando, "La influencia francesa en la creación de la jurisdicción colombiana de lo contencioso administrativo", en Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina (eds.), *100 años de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Justificación, retos y aporte al derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Ospina Garzón, Andrés Fernando, "La justicia administrativa o los medios de control para la paz", en Alberto Montaña y Andrés Ospina (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Ospina Garzón, Andrés Fernando, "El control judicial del fallo disciplinario. Interrogantes, críticas y perspectiva", en *Comentarios al nuevo Código General Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

Ospina Garzón, Andrés Fernando, *De la Jurisdicción Administrativa a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ¿Un viaje de ida y vuelta?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Pastor, Jean-Marc, "Intensité du contrôle du juge sur l'arrêt du championnat de France de football. Arrêt rendu par Conseil d'État, 23-10-2020, n.º 440810", *AJDA*, 2020.

Patiño, Héctor Eduardo, "Perjuicios inmateriales. Salarios mínimos como patrón de referencia", en Andrés Fernando Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Peyrical, Jean-Marc, "Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation: étude sur la neutralisation et la substitution des motifs", *AJDA*, 1996.

Pimiento Echeverri, Julián Andrés, "Las órdenes del juez a la Administración", en Andrés Fernando Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Plessix, Benoit, *Droit administratif général*, 2.ª ed., París, Lexis Nexis, 2018.

René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15.ª ed., París, Montchrestien, 2001.

Richard Deau, "Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles "entiers" en matière de droit des étrangers", *RFDA*, 2005.

Rivero, Jean y Jean Waline, *Droit administratif*, 20.ª ed., París, Dalloz, 2004.

Rodríguez Pontón, Francisco José, "El control judicial en el ámbito de la regulación económica: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) Un relato de la deferencia en el marco del Derecho común europeo", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa*, *decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

Ruiz Palazuelos, Nuria, *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores. Un análisis de casos en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones*, Madrid, Thomson Reuters y Aranzadi, 2018.

Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994.

Sánchez Pérez, Alexander, "La convalidación por intervención legislativa de los actos administrativos viciados", en Andrés Fernando Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Santaella Cuberos, María Juliana, *La liquidación de perjuicios en la responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, "La motivación y justificación razonada en la tasación y liquidación del perjuicio moral", en Andrés Fernando Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Seiller, Bertrand, *Droit administratif*, t. 2, 6.ª ed., París, Flammarion-Champs, 2016.

Seurot, Laurent, "De la difficulté de mesurer les effets de certains revirements de jurisprudence. Réflexions à partir de l'arrêt Dahan", *AJDA*, 2021.

Tinière, Romain, "La notion de 'pleine juridiction' au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif", *RFDA*, 2009.

Tomàs Domènec, Sibina, "Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC) y control jurisdiccional", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

Vaitheswaran, Anuradha y Thomas A. Mayes, "The role of deference in judicial review of agency action: a comparison of federal law, uniform state acts, and the Iowa APA", *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, n.º 27, 2007.

Ventura Rodríguez, Manuel Enrique, *Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III, 2010.

Vincent, Jean-Yves, "L'erreur manifeste d'appréciation", *Rev. adm.*, 1971.

Waline, Marcel, "Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration", *EDCE*, 1956.

Waline, Marcel, "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel", *RDP*, 1930.

Zárate Pérez, Aníbal Rafael, "Análisis económico por el juez de lo contencioso administrativo", en Andrés Fernando Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Zárate Pérez, Aníbal Rafael, "L'indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative Colombie, France, États-Unis, tesis doctoral, París, Universidad de París II, 2011, disponible en https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/f6e96e4c-86a8-46c9-aac5-0e163d590431?inline.

Zarca, Alexis, "Le contrôle juridictionnel des décisions des organes indépendants composés selon des critères de professionnalisation", en Elisenda Malaret (ed.), *Autonomía administrativa*, *decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

CONSEJO DE ESTADO

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de febrero de 1995, expediente S-123, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa*, n. 26.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto de 2016, radicado 1210.

Sección Segunda, sentencia del 22 de octubre de 2018, radicado 2123891, expediente 05001-23-33-000-2014-01955-01 (3614-16).

Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de julio de 2020, rad. 2162810, expediente 20001-23-39-000-2016-00153-01 (1529-18).

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 14, sentencia del 26 de agosto de 2021, expediente 11001-33-31-017-2008-00266-01.

Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de octubre de 2021, expediente 13001-23-31-000-2005-01670-01 (39.798).

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-114 de 2017.

Sentencia 115 de 2017.

Sentencia C-225 de 2017.

Sentencia C-091 de 2018.

Sentencia C-481 de 2019.

Sentencia C-292 de 2020.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Consejo de Estado francés, Asamblea, fallo del 28 de mayo de 1971, Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est", n.º 78825, Lebon 410.

Consejo de Estado francés, Asamblea, decisión del 5 de mayo de 1976 Safer d´Auvergne c. Bernette, Grands Arrets n.º 99.

Consejo de Estado francés, Secc. 22 de junio de 2007, req. n.º 272650, Lebon 263; RFDA 2007. 1199, concl. M. Guyomar.

Consejo de Estado francés, Ass., 16 de febrero de 2009, n.º 274000, Lebon 25.

Consejo de Estado francés, 11 de octubre de 2012, Casino Guichard-Perrachon (Sté), n.º 357193, Lebon; AJDA 2012, p. 1925; Ibíd., 2373, chron. X. Domino et A. Bretonneau; D. 2013. 732, obs. D. Ferrier; RTD com. 2012. 747, obs. E. Claudel; Ibíd., 2013. 237, obs. G. Orsoni".

Consejo de Estado francés, 21 de marzo de 2016, Fairvesta, n.º 368082.

Consejo de Estado francés, 21 de marzo de 2016, Numericable, n.º 390023.

Consejo de Estado francés, 13 de diciembre de 2017, n.º 401799, Société Bouygues Télécom, Lebon; AJDA 2017. 2497.

Consejo de Estado francés, 2 y 7 salas reunidas, fallo del 23 de octubre de 2020, n.º 440810 440825 441161 441291, Rec.

Corte de Apelaciones de los Estados Unidos del Distrito de Columbia, sentencia del 19 de marzo de 1976, Ethyl Corporation, c. Environmental Protection Agency, expediente 73-2205, 73-2268 to 73-2270 y 74-1021.

National Broadcasting Co. *vs.* United States, 319 U.S. 190; Labor Board v. Hearst Publications, Inc., 322 U.S. 111; Republic Aviation Corp. *vs.* [467 U.S. 837, 845] Labor Board, 324 U.S. 793; Securities & Exchange Comm'n *vs.* Chenery Corp., 332 U.S. 194; Labor Board *vs.* Seven-Up Bottling Co., 344 U.S. 344. Chevron U.S.A., Inc. *vs.* Natural Resources Defense Council, Inc.28(1984) 467 U.S. 837 y U.S. *vs.* Mead Corp.29 (2001) 533 U. S.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de febrero de 1983, Albert et Le Compte c/ Belgique, A. 58, § 29.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de junio de 1990, Obermeier c/ Autriche, A. 179, § 70.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de julio de 2005, I. D. c/ Bulgarie, req. n.º 43578/98, § 50.

CONCEPTOS, ACLARACIONES Y SALVAMENTOS DE VOTO

Consejo de Estado francés, 7 y 2 subsecciones reunidas, Concepto del 12-03-2012, n.º 354165, en *Recueil Lebon*, *Recueil des décisions du conseil d'État*, 2012.

Consejo de Estado francés, Asamblea, Concepto del 06-07-2016, n.º 398234, "Perquisitions: le Conseil d'État fouille dans ses classiques", en *AJDA* 2016, p.1635.

Linares Cantillo, Alejandro, Aclaración de voto a la Sentencia C-115 de 2017.

Montaña Plata, Alberto, Salvamento de voto a la Sentencia de la Subsección B de la Sección 3 del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2011-01067-01 (51.976).

Universidad Externado de Colombia

Hablar de los horizontes del contencioso administrativo implica tomar distancia y ajustar la visión. Se trata de superar el estudio tradicionalmente limitado a los asuntos de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para, en su lugar, dibujar un panorama más realista y, sobre todo, más completo.

El *tomo primero* de esta obra se dedica al estudio del *contencioso administrativo no jurisdiccional*, con una doble perspectiva: tanto el estudio de las funciones administrativas de resolución de litigios como de los mecanismos alternativos, en especial la conciliación y la mediación en materia administrativa.

El *tomo segundo* se ocupa del *contencioso administrativo jurisdiccional*. Pero incluso allí hay nuevos horizontes: el *volumen 1* aborda el contencioso administrativo jurisdiccional por fuera de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mientras que el *volumen 2* se dedica al contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Allí también se va más allá para profundizar y abordar aspectos tradicionalmente no estudiados por la doctrina.

Horizontes del contencioso administrativo es una obra innovadora, coherente, seria y profunda.