

, 9 de abril de 1992.-

Licenciado
Lenin Huerta
Director Jurídico del
Ministerio de Vivienda/
E. S. D.-

Licenciado Huerta:

Compláconos dar contestación a la interesante consulta jurídica que formuló ante este Despacho, a través de la Nota No. 1500-035-92 de fecha 21 de enero de 1992, cual versa sobre si es o no viable el Recurso de Hecho en el procedimiento administrativo.

A tal fin, debemos tener presente en primer lugar, lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 135 de 1943 tal como quedo reformada por la Ley 33 de 1946 (en adelante contencioso administrativa), veamos:

***Artículo 33.** Por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:

1. El de reconsideración ante el funcionario administrativo de la primera instancia, para que aclare, modifique o revoque la resolución;

2. El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto."

Este artículo determina de manera expresa cuales son los recursos viables en el procedimiento administrativo, refiriéndose exclusivamente a los de reconsideración y de apelación.

En segundo lugar, vamos a tener en cuenta, el objeto del recurso de hecho lo cual es esencial para determinar la procedencia y necesidad del mismo, ya que la Legislación Procesal Administrativa parece guardar silencio al respecto. En este sentido, el objeto del recurso de hecho consiste,

a grandes rasgos, en compeler al juez que negó la concesión del recurso de apelación, a que conceda dicho recurso, para ante un superior jerárquico, al cual le corresponderá conocer del asunto.

Siendo que, en materia procesal administrativa, la ley contempla exclusivamente los recursos de reconsideración y de apelación, con los propósitos descritos en el artículo 33 previamente citado; tal como es necesario, igualmente establece de manera especial, un mecanismo que hace carecer de objeto al recurso de hecho, toda vez que ante la negación de reconsideración y/o apelación, se produce el agotamiento de la vía gubernativa, lo cual permite al administrado recurrente, elevar sin más trámite, el negocio jurídico a una instancia superior, como lo es la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, quien tiene atribuida Constitucionalmente, el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los casos en que opera dicho mecanismo garantizador de la consecución del proceso administrativo, están plasmado en el artículo 36 de la Ley contencioso administrativa, el cual es del tenor literal siguiente:

***Artículo 36.** Se considerará agotada la vía gubernativa:

1. Cuando interpuestos alguno o algunos de los recursos señalados en el artículo 33 se entienden negados, por haber transcurrido un plazo de dos meses sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos;

2. Cuando no se admita al interesado el escrito en que interponga cualquiera de los recursos señalados en el artículo 33.

La circunstancia que contempla este inciso debe ser probada plenamente:

3. Cuando transcurra el plazo de dos meses sin que recaiga decisión alguna sobre cualquier solicitud que se dirija a un funcionario o a una entidad pública autónoma o semi-autónoma siempre que dicha solicitud sea de las que originan actos recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si se comprobare plenamente que no fue admitido el memorial en que se hizo la solicitud de que trata el inciso anterior, se considerará asimismo agotada la vía gubernativa."

Como se pueda observar, el agotamiento de la vía gubernativa en los anteriores supuestos y la inmediata apertura de la vía jurisdiccional, traen como consecuencia de fondo, la innecesidad del recurso de hecho, toda vez que carece de objeto. Teniendo el mecanismo administrativo descrito su fundamento jurídico, en la protección que merece el principio de impugnación a que tienen derecho los administrados, cuando la Administración Pública no les conceda por cualquier motivo, los recursos gubernativos que establece la Ley, ó que, concediéndolos sean resueltos, de manera expresa o tácita, en sentido adverso a los intereses del recurrente.

Existiendo pues, en la Ley contencioso administrativa un artículo (33) que señala cuales son los recursos procedentes en materia administrativa, sin mencionar el de hecho y, existiendo igualmente el mecanismo sustitutivo del recurso de hecho, no vemos razón para pensar que este sea viable en los procedimientos administrativos. Así lo ha reconocido de manera tácita la Honorable Sala Tercera en auto de 11 de junio de 1991.

No obstante lo anterior, resulta oportuno hacer algunos comentarios adicionales a la Ley 135 de 1943. Dicha Ley cumple una función de reglamentación general en los asuntos procedimentales administrativos, esto es, que sólo a falta de una disposición legal especial, la misma es aplicable. Así lo entendemos de la lectura de sus artículos 39a y 40, que enseguida pasamos a transcribir:

Artículo 39a. Las reglas del presente capítulo no se aplicarán cuando las leyes o los decretos establezcan un procedimiento especial para el trámite de los negocios en cualquier dependencia de la Administración. En este último caso, regirá el procedimiento especial.

Artículo 40. En los asuntos municipales se aplicará el procedimiento de este capítulo, salvo cuando los recursos establezcan reglas especiales para negocios determinados."

De lo anterior, resulta evidente, para los efectos de este pequeño estudio, que si una disposición administrativa de carácter especial establece de manera expresa que procede el recurso de hecho en determinados casos de esa índole, pues allí será viable el recurso de hecho en el procedimiento administrativo. Hasta el momento desconocemos de la existencia de alguna disposición legal en tal sentido, por tanto, rige la reglamentación general.

Otro artículo de la Ley 135 varias veces citada, que resulta conveniente comentar en esta ocasión, es el 57c, veamos su texto íntegro:

"Artículo 57c. Los vacíos en el procedimiento establecido en esta Ley se llenarán por las disposiciones del Código Judicial y las leyes que lo adicionen o reformen, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que correspondan a la jurisdicción contenciosa administrativa."

Este último artículo, hace una remisión procedimental al Código Judicial el cual reglamenta el recurso de hecho de los artículos 1137 al 1146. Pues bien, a nuestro juicio debemos aplicar las normas de dicho Código cuando existan, como dice la norma, vacíos en el procedimiento que la Ley 135 de 1943 establece. Pero es el caso, como dijimos inicialmente, que el recurso de hecho carece de objeto en la vía administrativa, ya que los supuestos que contempla el artículo 36, permiten al administrado proseguir sus reclamaciones ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuando enfrenta la no concesión de los recursos gubernativos procedentes, en otras palabras cuando se produce el agotamiento de la vía gubernativa. Por tanto, la no existencia de un vacío en este aspecto del procedimiento es un argumento mas para concluir, como lo hace la Dirección Jurídica del Ministerio de Vivienda, que el recurso de hecho no es viable en los asuntos administrativos, salvo que así lo establezca una disposición especial de carácter procedimental administrativa, como explicáramos mas arriba.

De esta manera se deja sentado el criterio legal de la Procuraduría de la Administración, sobre el tema consultado.

Sin otro particular, nos reiteramos en las seguridades de nuestro aprecio y consideración,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.