

Primera parte

Doctrina y Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
enero-junio, 2025

EL SOFT-LAW EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

CONTROL JUDICIAL Y EVOLUCIÓN RECIENTE

Gonzalo Suárez Beltrán*
Académico de número

Resumen: El artículo analiza la creciente utilización de instrumentos aparentemente no vinculantes por parte de la administración pública –como circulares, directrices, guías o recomendaciones– que buscan orientar el comportamiento de autoridades y particulares en el marco de políticas públicas. El texto explora cómo, en relación con el control de su legalidad, el Consejo de Estado ha oscilado entre dos posturas jurisprudenciales: una restrictiva, que solo admite el control judicial de estos instrumentos si configuran verdaderos actos administrativos, y una amplia, que reconoce su controlabilidad, por ser expresiones del poder administrativo con impacto real. El autor aboga por esta última postura y propone dotar al *Soft law* de reglas claras de emisión y control, en aras de fortalecer la legalidad y el Estado social de derecho en contextos de gobernanza cooperativa.

Palabras clave: Derecho blando; control judicial; acto administrativo; gobernanza cooperativa; posturas; Consejo de Estado.

Abstract: The article analyzes the growing use of seemingly non-binding instruments by public administration –such as circulars, directives, guidelines, or recommendations– that aim to guide the behavior of authorities and private individuals within the framework of public policy. The text explores how, regarding the control of their legality, the Council of State has oscillated between two jurisprudential positions: a restrictive one, which only allows judicial review of these instruments if they constitute true administrative acts, and a broader one, which

* Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad de El Rosario. Conjuetz del Consejo de Estado.
Contacto: gonzalo.suarez@suarezbeltran.com

acknowledges their reviewability due to their being expressions of administrative power with real impact. The author advocates for the latter position and proposes equipping Soft Law with clear rules for issuance and control, with the aim of strengthening legality and the Social Rule of Law in contexts of cooperative governance.

Keywords: Soft Law; Judicial Review; Administrative Act; Cooperative Governance; Council of State; Approaches.

Introducción

La legislación colombiana no cuenta con una definición de “acto administrativo”. En su vocación de controlar el poder, o, lo que es lo mismo, de “colocarlo en la jaula dorada de las instituciones jurídicas”,¹ la definición de lo que deba entenderse por acto administrativo en Colombia ha sido dejada a la jurisprudencia² que, con apoyo en la doctrina, ha ido perfilando sus límites, así como la profundidad de su alcance. Como no se trata aquí de recrear esa evolución, habría simplemente que decir que ella ha llevado a entender que el acto administrativo, como acto jurídico unilateral de la administración que es, implica el ejercicio de potestad administrativa, con el propósito de crear, modificar extinguir derecho. La más amplia, sin duda, de las acepciones para recoger las expresiones de poder dictadas en ejecución de la ley.

Ahora bien, en ese sentido, la noción de acto administrativo contiene un elemento que lo hace parte de la pirámide kelseniana, fruto de recorrer “un camino” de aplicación del derecho, como lo describe Merkl,³ y que ata la declaración de voluntad a un efecto, cual es el carácter mandatorio de su contenido. Es eso, entonces, lo que viene a justificar el control de legalidad que sobre él se ejerce, de manera que esas manifestaciones de voluntad sean expresiones válidas dentro del Estado de Derecho y que su contenido preceptivo respete el régimen de fuentes que lo soporta.

¹ Cfr. Gabriel ROJAS ARBELÁEZ, *El espíritu del Derecho Administrativo* (Bogotá: Editorial Temis, 1985), 9.

² Con excepción de la definición inicialmente contenida en el Decreto 01 de 1984 que, muy criticada, habría de tener una vigencia corta.

³ “...se habla de procedimiento jurídico solamente cuando el camino que conduce a un acto estatal no se halla a la libre elección del órgano competente para el acto, sino que está previsto jurídicamente, cuando, por tanto, el camino que se recorre para llegar al acto constituye aplicación de una norma jurídica.” Citado en Martín LOO GUTIERREZ, “El significado del procedimiento administrativo”, Universidad Externado de Colombia, *Revista Derecho del Estado*, n.º 38 (enero-junio de 2017), 162.

En ese estado de cosas, no puede dejar de observarse que crecientemente la administración actúa, no ya desde la producción de una decisión obligatoria, sino desde la sugerencia, el consejo, si se quiere, o desde la expresión de deseos no vinculantes para sus destinatarios, quienes conservan su facultad de decidir lo que les corresponda. Esas expresiones de liderazgo, muy frecuentemente se dirigen de una autoridad a otra u otras, pudiendo ser de coordinación entre las mismas, o eventualmente, manifestaciones de control de tutela propias de la descentralización funcional. También podrían ellas revestir la forma de guías o de llamados de atención al público en general o a los interesados en una determinada actuación, para que se comporten de una determinada manera, sin que se les imponga precepto alguno. Es eso lo que algunos han dado en llamar “*Soft-Law* administrativo”, y que se ha manifestado y conceptualizado en los últimos años en algunos países de nuestra región, como Chile⁴ y Costa Rica.

Al reflexionar en voz alta sobre este fenómeno y sobre su eventual control jurisdiccional, reafirmo mi convicción sobre la necesidad de conceptualizar esa noción, de llenarla de contenido como un fenómeno contemporáneo de la dinámica de nuestra administración pública, que debe permitir tanto unas reglas claras para su ejercicio como un camino para controlarlo judicialmente. Si no fuera así, estaríamos construyendo una “isla de inmunidad” ante una moderna expresión de voluntad administrativa.

Definición de *Soft Law* o “derecho blando” en Colombia

No parece haber duda en que la expresión *Soft Law* o “derecho blando” se ha tomado “prestada” del derecho internacional, en donde tradicionalmente se ha convivido con el fenómeno de la no obligatoriedad de sus preceptos, y por tanto, con la discusión sobre si lo “jurídico” supone en su esencia la coerción;⁵ lo que ocurre no tan solo en instrumentos internacionales de derecho público, sino también en relación con aquellos propios de la *Lex*

⁴ Cfr. Marcos JARAMILLO y José Luis LARA, “Acerca del denominado *Soft Law* administrativo”. Notas frente a la experiencia chilena y japonesa. Archivo Philippi, 1, n.º 292028. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pacem/el-soft-law-administrativo.pdf>

⁵ Cfr. Mauricio Iván DEL TORO HUERTA, “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VI (2006): 513-549, quien cita a Karl ZEMANEK, “Is the term ‘Soft Law’ convenient?”, en *Liber Amicorum*, professor Kluwer Seidl-Hohenveldern (1998), 845; Kenneth W. ABBOTT y Snidal DUNCAN, “Hard and Soft Law in international governance”, *International Organization*, 54 (2000), 424.

Mercatoria.⁶ Para algunos, el fenómeno evoca más remotamente la *Lex Imperfecta* romana, esto es, aquellas que aunque disponían comportamiento, no tenían sanción, las que, tal vez, simplemente no necesitaban, por ser expresiones del *mores maiorum*.⁷

En lo nacional, algunos instrumentos se identifican con la idea bajo diversas denominaciones:

- Circulares interpretativas
- Directrices a funcionarios
- Directrices al público en general
- Recomendaciones
- Códigos de Conducta
- Protocolos
- Normas técnicas
- Guías ambientales
- Acuerdos informales
- Cartas de instrucciones
- Documentos CONPES⁸
- Circulares y pautas emitidas por Colombia Compra Eficiente (CCE)
- Manuales de buenas prácticas
- Guías para la prevención del daño antijurídico⁹

De la enunciación es fácil colegir que estos instrumentos, en principio “no obligatorios”, tienen en común que buscan inducir comportamiento, o bien, de autoridades diferentes que usan el instrumento (lo que los haría ejecutables), o de particulares, en su conducta ante la administración. En

⁶ Cfr. E. CALDERÓN. “Los incoterms como instrumento de derecho suave (Soft Law)”, *Revist@E-Mercatoria*, 17, n.º 1 (enero-junio, 2018). <https://doi.org/10.18601/16923960.v17n1.02>

⁷ Cfr. María Jesús CASADO CANDELAS. “*Recte et Rite*. Reflexiones sobre el derecho consuetudinario romano”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, n.º 10, (2006): 171 a 215. <http://hdl.handle.net/2183/2478>

⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social, creado como Consejo Superior de la Administración.

⁹ Expedidas por la ANDJE (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado).

ese sentido diríamos, que el *Soft Law* representa una realidad práctica de uso creciente en nuestra administración, como podrá verificarse con el número de expresiones de voluntad que a diario hacen uso de estas denominaciones o de otras similares, y que en realidad traducen aspiraciones de política pública.

Ahora bien, observando el catálogo amplio de expresiones, o a lo menos alguna de ellas, el Consejo de Estado Colombiano describió el fenómeno del *Soft Law*, diciendo que esos instrumentos

... *no* son una fuente formal de derecho comoquiera que *no* son expedidas por una autoridad con competencia para imponer normas jurídicas, *no* constituyen una norma jurídica, *no* tienen carácter vinculante y carecen de una consecuencia jurídica ante su eventual incumplimiento.¹⁰

A esta descripción, algún sector de la doctrina nacional ha contestado diciendo que el fenómeno podría apreciarse como

... [el de una]serie de *herramientas jurídicas* que *teóricamente no constituyen normas obligatorias o actos administrativos* con las características que la doctrina tradicional ha concebido, *pero sin duda producen efectos jurídicos verificables*.¹¹ (Énfasis agregado)

Nótese entonces la tensión entre estas dos aproximaciones al fenómeno. Podría inicialmente decirse que ambas coinciden en que el mismo no encaja en la definición de acto administrativo. Con todo, la diferencia se hace patente cuando la primera aproximación concluye que tal circunstancia priva al *Soft Law* de efectos jurídicos, al limitar estos estrictamente a los propios del “acto administrativo”; al paso que la segunda postura reclama que los mismos sí existen y que son “verificables”. Esa diferencia marca, en nuestro criterio, los extremos de la discusión.

Antes de avanzar, digamos algo más desde ya: en el Estado social de derecho no puede haber expresiones de función administrativa sin control, en tanto ello conduciría a un vacío en el equilibrio de poderes, en detrimento de la

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 25 de noviembre de 2019, Rad.11001-03-24-000-2007-00089-00, CP Hernando Sánchez Sánchez.

¹¹ Darío MARTÍNEZ JURADO, “El *Soft-Law* en derecho administrativo y su control judicial en Colombia”. *Revista Digital de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia* (diciembre 2018). DOI: 10.18601/21452946.n20.12

libertad ciudadana. Ello parece tanto más trascendente, si se considera que el talante de la llamada “gobernanza” en el Estado contemporáneo, lleva a la administración a disminuir su papel “imperativo” y dar paso a uno “cooperativo”, como lo describe Barnes, al decir:

Entendemos por administración «imperativa» aquella que opera haciendo uso de potestades públicas y resuelve con carácter unilateral en un proceso jerárquico o en cascada, de arriba hacia abajo, mientras que la «cooperativa» se da cuando la administración no es autosuficiente y requiere de la colaboración de otras administraciones y del sector privado. *El proceso no es jerárquico, sino en red. Finalmente, por «gobernanza», sea administrativa o cooperativa, se hace referencia a un nuevo estilo de gobierno, en el cual la administración goza de un particular protagonismo en la realización y ejecución de las políticas públicas.* En este orden de ideas, el concepto de «procedimiento administrativo» no se detiene ya en la exclusiva idea de procedimiento como proceso decisorio, sino que también implica la obtención y el intercambio de información –para elaborar un mapa medioambiental, realizar una inspección, recabar informes y estudios científicos, por ejemplo–.¹² (Énfasis agregado)

Así, si el derecho administrativo es “derecho constitucional concretizado”,¹³ surgen fenómenos en los que el desafío es actuar de otra manera, ya no a la usanza clásica de la unilateralidad que impone sino a la del liderazgo que busca consensos. Y ello es así por una realidad palpable de nuestra moderna vida constitucional: hay importantes sectores de la vida social que el Estado ya no controla, como la educación, la salud, la seguridad social, que requieren de inversión privada y en las que el Estado corre el riesgo de quedarse en un rol marginal si no convoca desde la inteligencia a una cierta convergencia de esfuerzos. Y qué decir, por supuesto, del influjo de la globalización, que aleja del Estado tradicional esferas enteras de las relaciones económicas y sociales, pero que exige de él un rol en procura de nuevos conceptos como los derechos de tercera y cuarta generación, el logro del desarrollo sostenible, y otros muchos mandatos de optimización

¹² Javier BARNES, “Tres generaciones del procedimiento administrativo”, *Revista Facultad de Derecho PUCP*, n.º 67 (2011), 77.

¹³ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, en *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*. 2. ed., editado por Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Madrid: Global Law Press, 2012), 57.

que trascienden las fronteras conocidas por el derecho administrativo clásico. Por ello, queremos sostener aquí que, si el Estado quiere seguir siendo garante en su territorio de unos derechos como fundamento de convivencia política y líder de su sociedad, debe flexibilizar su forma de operar y, a la vez, el juez contencioso debe hacer lo propio, al reconocer nuevos escenarios de acción de la administración y nuevas formas de entender su control.

Las líneas jurisprudenciales

La mención jurisprudencial del fenómeno del *Soft Law* en Colombia se ha vinculado al control de legalidad de las llamadas “circulares de servicio”. Por primera vez se refirió a ellas nuestro derecho en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo – CCA (DL 001 de 1980),¹⁴ en un giro que hoy recoge escuetamente el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,¹⁵ al disponer en su inciso tercero: “*También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro*”.

La pregunta por absolver sería entonces, si las “circulares de servicio” son o no una categoría diferente al acto administrativo. Nótese preliminarmente que la expresión “también”, denota en principio que se adiciona una nueva categoría, la de la “circular”, a la posibilidad de pedir respecto de ella la nulidad que el artículo mencionado establece para los actos administrativos. ¿Cómo se ha desarrollado el debate?

Las posturas podrían diferenciarse simplemente a partir del alcance que se dé a la posibilidad o no de controlar a la llamada “directiva” como un concepto diferente al de “acto administrativo”. En síntesis, la primera línea

¹⁴ **Artículo 84. ACCIÓN DE NULIDAD.** Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

¹⁵ Como ya lo hacía el Código Contencioso Administrativo, expedido mediante el Decreto Ley 01 de 1984, en su artículo 84.

encuentra sus raíces en una lectura que entiende que la *“directiva” será objeto de acción de nulidad, solo en tanto y en cuanto ella sea un acto administrativo*, para lo cual examinará si se verifican en ella sus elementos esenciales. Así y por exclusión, las actuaciones llamadas *“directivas”* que no tengan el contenido esencial del acto administrativo, aunque se denominen directivas, no serán objeto de control judicial. La segunda postura entiende que *la noción de “circular”, resulta ser un concepto diferente y autónomo, y que, por lo mismo, el examen de legalidad que de ella se haga, no pende de considerarla acto administrativo, sino, más bien, de que no lo sea*. Ello determina una comprensión propia del alcance del concepto y, por ende, del control que, en pronunciamientos recientes, abre la mirada hacia los fenómenos contemporáneos de expresión de liderazgo de la administración pública, los que, en esta postura, no escapan entonces al control de legalidad. Expliquemos un poco la evolución de estas dos posturas colombianas en el tiempo, en beneficio de nuestros lectores en el contexto hispanoamericano.

La primera postura: tesis restrictiva

Se tiene noticia de un primer pronunciamiento del 3 de febrero de 2000,¹⁶ en el que se dijo:

[si] la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, *no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados*. (Énfasis agregado)

A su turno, el 21 de septiembre del 2001,¹⁷ se afirmó: *“... las circulares de servicio son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública capaz de producir efectos jurídicos”*.

En apoyo de lo dicho, la Corporación establece que ello es así, en tanto el alcance la de acción de nulidad en el CCA está determinado alrededor

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 3 de febrero del 2000, Rad. 5236, CP Manuel Urueta Ayola.

¹⁷ Citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 20 de marzo de 2013, Rad. 08001233100020100013501.

del concepto de acto administrativo. Esta postura, es citada a su turno en Sentencia del 20 de marzo de 2013¹⁸ de la Sección Segunda, en la que se dijo que las circulares eran controlables “en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido este como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica”.

Nótese cómo la producción de “efectos jurídicos” supone, en esta tesis restrictiva, la idea de que en efecto se modifique con la directiva el orden jurídico, esto es, que sea un verdadero “acto administrativo” y no una categoría diferente. Sí y solo sí ello pasa, resulta competente la jurisdicción. Esta postura fue reiterada en pronunciamiento del 31 de marzo de 2014¹⁹ por la misma Sección Segunda, en la que se aclaró:

... las circulares administrativas no tienen control judicial cuando se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias, es decir, cuando no generan efectos jurídicos. Por otro lado, sí son demandables, cuando contengan una decisión capaz de producir efectos jurídicos, por medio de los cuales se expresa la voluntad unilateral de la Administración y vincula a los administrados.

Se destaca, para nuestro análisis, que se diferencian dos tipos de circulares en esta primera postura jurisprudencial: aquellas con un contenido normativo y por lo tanto controlables como “acto administrativo”, y las que carecen del mismo, y, por lo tanto, revisten un carácter puramente instructivo. Estas últimas no serían entonces objeto de control según esta postura, al estimarse que él debe recaer únicamente en función de la existencia del acto administrativo. Esta conclusión fue sostenida consistentemente²⁰ por el Consejo de Estado de Colombia, hasta el 27 de

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 31 de marzo de 2014, Rad. 11001032500020130138300.

²⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 3 de febrero del 2000, Rad. 52361. CP Manuel Urueta Ayola; así como, entre otras, las sentencias del 1 de febrero de 2001, Rad. 6375. CP Olga Inés Navarrete Barrero; del 19 de marzo de 2009, Rad. 11001-03-25-000-2005-00285-00. CP Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; del 18 de julio de 2012, Rad. 11001-03-24-000-2007-00193-00. CP María Elizabeth García González; del 28 de febrero de 2013, Rad. 11001 0324 000 2009 00614 00. CP Guillermo Vargas Ayala, y del 21 de noviembre de 2013, Rad. 11001-03-24-000-2006-00105-00. CP Marco Antonio Velilla.

noviembre de 2014,²¹ ocasión en la que la Sección Primera habría de dar un viraje muy significativo, inaugurando la que llamaremos “tesis amplia”.

La segunda postura: tesis amplia

Mediante “circular” firmada por el secretario de educación del departamento de Antioquia, dirigida a los alcaldes y a otras autoridades educativas municipales, así como a “la comunidad educativa” (pública y privada), se impartieron instrucciones sobre la manera como debía aplicarse la jornada escolar de ocho (8) horas diarias, obligatoria de conformidad con normas nacionales. El juez de primera instancia desestimó la acción, al entender que había “ausencia de acto objeto de control de legalidad”, por “no regular ninguna situación jurídica específica”. Dijo el fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia:

... resulta indudable que la Circular 00060 del 3 de febrero de 2012 remitida por el secretario de educación del Departamento de Antioquia *no es un acto administrativo*, puesto que el aparte demandado no modificó una situación jurídica, por lo tanto, no es susceptible de control jurisdiccional. (Énfasis agregado)

En nuestras palabras, sostuvo el *a-quo* que la Circular, no solo no contrariaba la ley, sino que no agregó nada a la misma, lo que lo lleva a concluir que no era un “acto administrativo” y, por lo tanto, no cabía el control de legalidad. Analizada en segunda instancia la situación planteada, el Consejo de Estado verifica que la “circular” no hizo nada diferente a recordar lo que las normas legales nacionales establecían, pero, evidencia también, que la Secretaría de Educación tenía competencia para emitirla, al decir:

... el cargo de falta de competencia planteado por la parte demandante carece de fundamento. Esto, toda vez que para la Sala es claro que en virtud de sus competencias legales a la Secretaría de Educación de Antioquia *le asisten sobradas facultades para instruir* a las instituciones educativas del Departamento *sobre el sentido que se debe dar a las reglas* del Decreto 1850 de 2002. (Énfasis agregado)

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 27 de noviembre del 2014, Rad. 05001-23-33-000-2012-00533-01. CP Guillermo Vargas Ayala.

En ese sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado decidió expresamente señalar que era necesario hacer un cambio de postura jurisprudencial, dejando sin efecto el fallo de primera instancia, mismo en el que el *a-quo* había simplemente aplicado la tesis restrictiva para entonces vigente en el Consejo de Estado. Y, para justificar su viraje, explicó:

Pese a la validez de la interpretación tradicional, la Sala estima que a la vista del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigor del CPACA y de las *visibles transformaciones en los modos de actuación de la Administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos* (desde la perspectiva clásica del acto administrativo), resulta procedente replantearse esta postura. (Énfasis agregado)

Empieza entonces el fallo por reconocer esta realidad del derecho administrativo moderno, lo que la lleva a concluir, en relación con la postura tradicional:

El alcance restrictivo del control judicial a cargo de los jueces de la Administración prohijado por la línea jurisprudencial en cuestión, así como el efecto de crear una suerte de inmunidad jurisdiccional a favor de actos que pese a ser expresión de la función administrativa presentan solo efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (*ad intra*) o hacia los particulares (*ad extra*), y el hecho de encerrar un desconocimiento de la regla hermenéutica según la cual todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil y que esta clase de interpretaciones debe preferirse sobre aquellas que supongan una redundancia en las disposiciones de la ley, llevan a la Sala al convencimiento de que *es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial*. (Énfasis agregado)

Para concluir adelante, teleológicamente, que

... en un verdadero Estado de Derecho, en aras de asegurar tanto la vigencia plena de los referidos principios de constitucionalidad y legalidad como la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial, estas nuevas formas de actuación de la Administración no pueden quedar fuera del alcance del contencioso administrativo.

Así, con independencia de que por su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afecten de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y *su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la Administración* (ellas sí plenamente oponibles y ejecutables en el ámbito de los particulares) *justifican su sometimiento al control de esta jurisdicción*. En últimas son un mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley han encomendado a las autoridades administrativas y en cuanto tal su conformidad con estas ha de ser total. (Énfasis agregado)

Nótese entonces cómo el Consejo de Estado evidencia en este fallo, que aunque el elemento de obligatoriedad no esté presente explícitamente en la Circular, la administración sí hace pronunciamientos que orientan el comportamiento de otros dentro o afuera de la propia administración. Es aquí en donde el concepto de *Soft Law* o “derecho blando”, se traduce en manifestaciones con las que crecientemente las cabezas de la administración buscan lograr objetivos para materializar políticas públicas, ya no desde la capacidad de imponer decisiones, sino, tal vez, desde la de generar espacios de liderazgo sobre la propia administración, o en el diálogo social, en el que la postura moral de la administración podría marcar un derrotero.

Apoya en esta sentencia el Consejo de Estado su reflexión en el análisis reposado del alcance del control de la función administrativa en el entorno del nuevo CPACA del año 2012, comparándolo con su predecesor el CCA de 1980, recordando en línea con lo previsto por el artículo 89 de la Constitución, que “[los] procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”.

Lo anterior, a más que al definir el ámbito de la jurisdicción el artículo 104 del CPACA lo hace en términos más amplios que lo previsto al respecto por el artículo 83 CCA, pues mientras que este último precepto alude al control contencioso sobre “los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas”, aquel hace

referencia a “las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”.

Claro entonces, que el juez administrativo es el de la “legalidad de la función”, no puede quedar duda alguna sobre la posibilidad de controlar el llamado “*Soft Law*”.

El retorno a la primera postura

Con posterioridad al icónico fallo reseñado de la Sección Primera de 27 de noviembre de 2014, se registran a lo menos tres decisiones del Consejo de Estado que regresan a la primera postura, dejando por fuera de control jurisdiccional a las actuaciones que carezcan de los elementos del acto administrativo, a saber:

- Sentencia de la Sección Cuarta, del 26 de septiembre de 2018,²² declaró “improcedente” la demanda de nulidad contra la Circular 004 del 16 de mayo de 2005, de la Superintendencia de la Economía Solidaria. Se alegaba que la misma recaía sobre el alcance de una exención tributaria, aspecto sobre el cual no podría la Superintendencia pronunciarse, al ser tema reservado a la Administración de Impuestos Nacionales (DIAN). En el proceso se evidenció que la circular no constituía un acto administrativo, en tanto tenía simplemente carácter instructivo y orientador para las entidades vigiladas por la Superintendencia, lo que se enmarcaba dentro de su competencia funcional. Puesto ello de presente, el Consejo de Estado decidió “inhibirse” ante la ausencia de “acto administrativo”.
- La propia Sección Primera, en Sentencia del 5 de diciembre de 2019,²³ decidió en idéntico sentido, en relación con unos “conceptos” emitidos por la Secretaría de Planeación Distrital de

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 26 de septiembre de 2018, Rad. 11001-03-27-000- 2016-00027-00 (22465), CP Stella Jeannette Carvajal Basto.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 5 de diciembre de 2019, Rad. 25-000-23-41-000- 2019-00131-01, CP Roberto Augusto Serrato Valdés.

Bogotá a raíz de la situación urbanística de un predio particular sobre el cual existía interés de compra por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. La Sección, al revisar los conceptos, evidenció que ellos “no decidieron directa ni indirectamente el fondo del asunto ni hicieron imposible continuar con la actuación”, por lo que confirmó el rechazo de la demanda dispuesto por el *a-quo*, al señalar que ellos no eran susceptibles de control judicial debido a su carácter informativo, lo que dicho de otra forma supone que se piensa que el control recae única y exclusivamente sobre “actos administrativos”.

- En la tercera de las sentencias, la Sección Primera el 11 de abril de 2019²⁴, estudió la demanda contra el Memorando 079 de 29 de noviembre de 2011, expedido por el procurador delegado para la Conciliación Administrativa de la Procuraduría General de la Nación. La Sentencia concluye que el alcance del acto acusado era informativo a sus subalternos, en uso de competencia para hacerlo, teniendo como propósito simplemente instruirlos para solicitar a los interesados soportes que acompañen las solicitudes de conciliación prejudicial. Ello condujo a la Sección Primera a “inhibirse” de conocer por no tener el carácter de “acto administrativo” el memorando acusado.

El renovado impulso de la segunda postura

Con ocasión de la emergencia decretada por el Gobierno Nacional por la llegada del COVID, se activó el llamado control inmediato de legalidad, cuya competencia recae sobre “salas especiales de decisión”. Para lo que nos concierne, es de especial importancia destacar que el mismo, por disposición del artículo 136 del CPACA no recae únicamente sobre actos administrativos, sino sobre “medidas” que sean dictadas durante los estados de excepción. En ese marco, el Consejo de Estado abordó el control sobre asuntos de *Soft Law* en el caso del fallo del 20 de agosto de 2020,²⁵ en el que se afirmó:

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 11 de abril de 2019, Rad.11001-03-24-000- 2012-00211-00. CP Nubia Margoth Peña Garzón.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Decisión 19, CP William Hernández Gómez. Sentencia de 18 de agosto de 2020. Exp. 11001031500020200161800.

Las medidas del orden interior, actos internos de la administración o expresiones del Soft Law administrativo como circulares, directivas y otros instrumentos que tienen como finalidad asegurar la cohesión y la coherencia de la actividad administrativa del Estado, también deben ser objeto del control inmediato de legalidad, toda vez que esas manifestaciones de la función administrativa están incluidas dentro del campo semántico del término «medidas», al que se refieren los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA.

Nótese cómo esta postura resulta coherente con la adoptada en la que hemos llamado “segunda postura o tesis amplia”, que también parte de una comprensión generosa del control de legalidad de la actividad administrativa no enmarcada en las fronteras del concepto de acto administrativo.

Ya sobre el fondo del asunto, el Consejo de Estado hace un análisis de una circular emitida por la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial (Cotecmar), sometiéndola a un test de razonabilidad para asegurar su coherencia con las normas excepcionales que le sirven de causa. La sentencia resulta especialmente llamativa para nuestro análisis, en tanto aborda uno de los fundamentos de la primera postura, para desvirtuarlos, cual es el del principio *De minimis non curat praetor* que significa “hay que evitar congestionar el pretorio con litigios sin importancia”, al decir:

Las raíces de esa tesis restrictiva sobre el examen judicial oficioso frente a la administración se encuentran, principalmente, en la máxima «*De minimis non curat praetor*»: hay que evitar congestionar el pretorio con litigios sin importancia^[23], pues, tratándose de medidas de orden interior, tendrían una débil influencia, limitada a la cotidianidad ordinaria de los servicios. Igualmente, porque hacen parte de una «*reserva de instrucción administrativa*», una zona informal en materia de organización y relaciones jerárquicas (al margen de los típicos decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, etc.), a favor de los jefes o cabezas rectoras de las entidades públicas.^[24] (Énfasis agregado)

Entendido el concepto, el Consejo de Estado pondera su aplicación en el caso concreto de un Estado de Emergencia, para decir:

30. Ahora bien, esta Sala estima que *el criterio que se acaba de exponer debe dar paso al que admite la posibilidad de enjuiciar, en el control*

inmediato de legalidad, a los actos internos de la administración, así no sean actos administrativos, adoptando una interpretación en sentido lato de la palabra «medidas», a la que se refiere el primer inciso del artículo 20 de la Ley 137 de 1994. Esto se considera correcto en este momento, en el marco de un estado de emergencia sin precedentes, en el que la posibilidad de muchas personas para acceder a la administración de justicia se ha visto limitada, y en el que la exclusión del control judicial de legalidad oficioso de las medidas del orden interior permitiría la subsistencia de una «zona gris»^[25] de actuación administrativa, por la frágil determinación jurídica de esos instrumentos dada su poca regulación, cuyo uso aumenta exponencialmente, en gran medida por la inmunidad de la que gozan.^[26] (Énfasis agregado)

Hecho lo anterior, avanza la sentencia en un criterio general aplicable al conjunto del control sobre el *Soft Law*, al decir:

31. En efecto, no existe en el ordenamiento jurídico un criterio específico para diferenciar en la práctica administrativa, en qué momento se está frente a un acto interno revestido de la reserva de instrucción propia de las relaciones jerárquicas al interior de las entidades públicas, o cuando se está de cara a decisiones administrativas que desbordan el principio de legalidad. *Esta situación da cuenta de un vacío en el sistema de garantías, que a la luz de la tutela judicial efectiva, permita corregir las arbitrariedades de la actividad informal de la administración.*^[27] (Énfasis agregado)

Nótese entonces cómo se supera a favor del control, una discusión atávica, que había venido relegando la posibilidad del control del *Soft Law*.

Por su parte, la Subsección A de la Sección Tercera hizo un aporte muy sustantivo a la tesis. En Sentencia del 23 de abril de 2021, CP José Roberto SÁCHICA Méndez, el alto tribunal conoció de la legalidad del “Manual para la Operación Secundaria de los Acuerdo Marco de Precios”, expedido por Colombia Compra Eficiente el 19 de enero de 2014. Al respecto concluyó que si bien su contenido no se compone de normas jurídicas en sentido estricto, *“su aplicación constante y reiterada puede generar efectos jurídicos indirectos que impactan la actuación de las entidades y particulares”*. En este sentido, la sentencia amplió la posibilidad de someter a control de legalidad estos instrumentos, reconociendo:

... cuando una directriz administrativa *orienta la conducta de las entidades hasta el punto de generar una práctica institucionalizada, es procedente su*

*revisión judicial para determinar si introduce mandatos que desbordan los límites legales.*²⁶

Esta evolución es crucial en el ámbito de la contratación pública, donde las pautas de Colombia Compra Eficiente (CCE) han adquirido una relevancia creciente en la interpretación de las normas y procedimientos aplicables, lo que refuerza la necesidad de evaluar su alcance y límites dentro del ordenamiento jurídico.

Finalmente debe destacarse la Sentencia del 15 de septiembre de 2022, en la que la Sección Segunda del Consejo de Estado. El tema por dilucidar en esta providencia era la legalidad de una circular conjunta del procurador general de la Nación y la Comisión Nacional del Servicio Civil, la que el demandante cuestionaba a propósito de una alegada afectación de las potestades de gobernadores y alcaldes en materia de facultades de supresión de empleos y modificación de manuales de funciones. Del examen de legalidad detallado de la circular, se estableció su legalidad, lo que permitió a la Sección Segunda hacer claridades de la mayor importancia para lo que nos ocupa.

En primer lugar, comentando la primera postura reseñada, afirmó:

... la línea jurisprudencial que restringía el control judicial sobre circulares, directivas, memorandos, etc., *establecía un ámbito exento de control para la actuación de la administración pública, lo cual no se acompasa con la idea de un Estado social de derecho en el que las autoridades deben respetar el principio de legalidad* (o de juridicidad en sentido amplio). De allí que, *hoy en día, no resulte plausible cuestionar la procedencia del control judicial respecto de memorandos, circulares, directivas y otros instrumentos de «derecho blando», que aparezcan como una manifestación del poder jerárquico de la administración.*

A salvo entonces el “control jurisdiccional” sobre el *Soft Law*, esta sentencia da un paso aún más audaz, y es buscar definir la noción de “circular”, al decir:

En un contexto jurídico, *por «Circular» puede entenderse una comunicación emitida por una autoridad superior a una inferior respecto de un determinado tema, con el propósito específico de transmitir instrucciones y decisiones a*

²⁶ Consejo de Estado, Subsección A, Sección Tercera, CP José Roberto SÁCHICA Méndez, Sentencia de 23 de abril de 2021. Exp. 11001-03-26-000-2016-00017-00(56307).

través de las cuales se expone el criterio jurídico o la interpretación de dicha autoridad frente a las normas que le corresponde aplicar en ejercicio de sus funciones^[45]. Se trata de instrumentos jurídicos que, sin tener las características propias del reglamento, expresan una manifestación general de la administración con carácter obligatorio para sus destinatarios...

Nótese cómo esta comprensión supera entonces la discusión de antaño sobre la imposibilidad de control cuando el contenido de la decisión era *ad intra* (medidas del orden interior) que se basaba en que en tanto el instrumento no afectase derechos de particulares no se verificaba la noción de acto administrativo, lo que determinaba la ausencia de control. A ese mismo propósito apuntó en su momento la sentencia de la Sección Primera del 27 de noviembre de 2017 que inauguró la que hemos denominado “tesis amplia”, pero en este caso se ha dado el paso adicional de *tener la noción de “circular” como género para toda expresión de Soft Law vinculada a medidas ad intra*, esto es, que tenga como propósito que en desarrollo de sus competencias, uno o varios organismos (como en el *sub lite*) o autoridades, busquen imponer su visión jurídica sobre normas, a aquella autoridad encargada de tomar decisiones aplicando las mismas, o, dicho de otra forma, de influir el criterio de quien expedirá como autoridad, ella sí, actos administrativos.

Conclusión

Parece evidente que el renacer de la “tesis amplia” apunta a “cerrar el círculo” y a hacer claridad sobre el “reconocimiento” del *Soft Law* administrativo y sobre a la necesidad entonces de “controlarlo”, aspectos que justifican el título de esta reflexión. En ese propósito, la tesis amplia reconoce para el *ad intra* un “efecto verificable”,²⁷ que sería la interpretación del superior funcional o del órgano de control, que busca influir a otra autoridad con su visión jurídica, superando la dificultad de no estar en frente de un acto administrativo al no “crear, modificar o extinguir” derecho. Ello lleva al control, en tanto esa visión jurídica no puede ser contraria a derecho, no puede ser fruto de una desviación de poder, ni puede ser proferida por funcionario sin competencia, etc.

Dicho esto, quedaría sin embargo aún un reto por resolver: el del control sobre instrumentos *ad extra*, esto es, sobre las expresiones de *Soft Law* que

²⁷ MARTÍNEZ JURADO, “El *Soft Law* en derecho...”.

buscan influir el comportamiento de particulares. Esa “persuasión” buscada por lo público, desde instrumentos como circulares informativas o guías o en general por cualquier instrumento que asocie incentivos a objetivos de política pública, ciertamente no puede ser contraria a derecho, por lo que amerita control, aun cuando no pudiera decirse que es obligatoria. En nuestro criterio y por todo lo dicho, nada se opone a que la definición de “circular” se ensanche jurisprudencialmente para reconocer igualmente este fenómeno.

Ahora bien, si el *Soft Law*, al final, busca influir el comportamiento tanto de otras autoridades (*ad intra*) como de particulares (*ad extra*) de manera general, pareciera entonces que pudiera darse el paso de considerarlo como un “instrumento” regulatorio; lo que nos lleva a proponer que explícitamente se le someta al procedimiento administrativo a que hoy se sujetan los “proyectos específicos de regulación”, esto es a publicación previa para recibir observaciones durante un tiempo suficiente, como bien dispone hoy el CPACA (núm. 8, art. 8). Ese reconocimiento, en nuestro criterio, le daría un alcance sustantivo al *Soft Law* dando certeza tanto sobre su existencia como sobre su trascendencia; misma que desde lo jurídico construye y desde lo político lidera, en procura de objetivos que trascienden el tradicional “resuelve” de los actos administrativos para inducir comportamiento. Todo ello, desde luego, solo será legítimo si ese ejercicio honra la legalidad como presupuesto y los fines del Estado social de derecho como propósito. La tarea entonces de la jurisdicción contenciosa administrativa será garantizarlo, para lo que un pronunciamiento de unificación convendría grandemente.

Terminamos estas líneas en este distinguido foro diciendo que este tema y la evolución jurisprudencial reseñada, verifican una vez más aquella famosa expresión de Marienhoff sobre el carácter *in fieri*²⁸ o en construcción del Derecho Administrativo. Un bello carácter, sin duda.

Bibliografía

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 3 de febrero del 2000, Rad. 5236, CP Manuel Urueta Ayola.

²⁸ Cfr. Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4a ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005).

- Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 27 de noviembre de 2014, Rad. 2013-00033, CP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 27 de noviembre del 2014, Rad. 05001-23-33-000-2012-00533-01, CP Guillermo Vargas Ayala.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 11 de abril de 2019, Rad.11001-03-24-000- 2012-00211-00, CP Nubia Margoth Peña Garzón.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 26 de septiembre de 2018, Rad. 11001-03-27-000- 2016-00027-00 (22465), CP Stella Jeannette Carvajal Basto.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 5 de diciembre de 2019, Rad. 25-000-23-41-000- 2019-00131-01, CP Roberto Augusto Serrato Valdés.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 25 de noviembre de 2019, Rad.11001-03-24-000-2007-00089-00, CP Hernando Sánchez Sánchez.
- Consejo de Estado, Sala de Decisión 19, CP William Hernández Gómez, Sentencia de 18 de agosto de 2020. Exp. 11001031500020200161800.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 23 de abril de 2021, Rad. 11001-03-26-000-2016-00017-00 (56307), CP José Roberto Sáchica Méndez.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 15 de septiembre de 2022, Rad. 05001-23-33-000-2012-00533-01, CP Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de agosto de 2020, Rad. 25000-23-42-000-2017-01441-01, CP Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 6 de septiembre de 2023, Rad. 11001-03-24-000-2010-00095-00, CP Hernando Sánchez Sánchez.

Doctrina

- BARNES, John. *La administración pública en red: Gobernanza y procedimientos administrativos en el Estado moderno*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2018.
- BERROCAL GUERRERO, L. E. *Manual del Acto Administrativo según la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina*. 5ª ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2015.

- CALDERÓN, E. «Los incoterms como instrumento del Derecho Suave (*Soft Law*)». *Revist@ E-Mercatoria*, 17, n.º 1 (enero-junio, 2018). <https://doi.org/10.18601/16923960.v17n1.02>
- CASADO CANDELAS, María Jesús. “*Recte et Rite*: Reflexiones sobre el derecho consuetudinario romano”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, n.º 10 (2006): 171-215.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VI (2006).
- JARAMILLO, Marcos y LARA, José Luis. “Acerca del denominado *Soft Law* administrativo”. Notas frente a la experiencia chilena y japonesa. *Archivo Philippi*, 1, n.º 292028. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pacem/el-soft-law-administrativo.pdf>
- LOO GUTIÉRREZ, Martín. “El significado del procedimiento administrativo”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 38 (enero-junio de 2017).
- MARTÍNEZ JURADO, Darío. “El *Soft Law* en derecho administrativo y su control judicial en Colombia”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, *Universidad Externado de Colombia* (diciembre 2018). DOI: 10.18601/21452946.n20.12
- MERKL, Adolf. *Teoría general del acto administrativo*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1958.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998.
- RODRÍGUEZ, L. *Derecho Administrativo general y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2011.
- ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel. *El espíritu del Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis, 1985.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”. En *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*. 2. ed., editado por Javier Barnés Vázquez. Madrid: Global Law Press, 2012.