



JAI ME ORLANDO SANTOFIMIO

Acto Administrativo

Procedimiento, eficacia y validez

Universidad Externado de Colombia

Acto Administrativo

Procedimiento, eficacia y validez

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

Acto Administrativo

Procedimiento, eficacia y validez

Universidad Externado de Colombia

ISBN 968 - 36 -0007 - 7

**DR © 1988, Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, 04510 México, D.F.**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Impreso y hecho en México

ISBN 958 - 616 - 218 - 4

© JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

**© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 N° 1-17 Este Bogotá - Colombia**

Primera edición: 1988

Segunda edición: 1994

Ilustración de portada: Detalle el León próximo a San Jerónimo, de la Tapicería San Jerónimo Penitente en seda y lana 2,90 x 2,65, manufactura entre 1510 - 1520, ubicada en el Palacio de Ildefonso en Segovia España, tomado de Tissues D'or, Tapicerías Flamencas de la Corona Española, pág. 26, editado por Gaspard De wit, Malines, Bélgica.

Composición: Departamento de Publicaciones

Fotomecánica, impresión y encuadernación: Departamento de Publicaciones

Diseño de carátula: Fernando Roldán Arévalo

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

*A Juan Carlos, mi hermano y
María Margarita, mi hija.*

INDICE

Presentación a la primera edición	17
Presentación a la segunda edición	19

CAPITULO PRIMERO PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTADO Y LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1. Personalidad jurídica y funciones estatales	21
2. Nociones de la personalidad jurídica. Concepto. Clases	23
3. Persona jurídica. Naturaleza e importancia. Elementos	25
- Concepto	25
- Elementos	26
- Criterios	26
- Representante	28
- Capacidad	28
4. Aplicación de la teoría de la personalidad jurídica al derecho público. Naturaleza. Teorías	29
~ Teoría de la ficción	31
~ Teoría de la negación	31
~ Teoría de la realidad	32
~ Otra teorías	33
~ <i>Teoría de la dupla personalidad</i>	33
~ Teoría del órgano	34
~ Nuestra opinión	34
~ Consecuencias de la personalidad jurídica del Estado.	36
5. Personalidad jurídica del Estado en derecho colombiano	37
~ Clasificación legal	37

- Reconocimiento legal	37
- Nación o Estado	39
- Conclusión	39

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Funciones estatales y acto administrativo	42
- Hechos administrativos	44
- Operación administrativa	46
- Vía de hecho	50
- Omisiones	52
2. Actos administrativos	53
- Antecedentes	53
- Criterios	55
- Concepto	59
- Teoría de la voluntad	59
- Teoría declaracionista o de la mera manifestación	62
- Teoría de Alessi. Acuerdo administrativo	64
- Teoría de Vedel. Decisión ejecutoria	66
- Otros conceptos	66
3. Elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo	69
- Sujetos del acto administrativo	69
- Sujeto activo	70
- La competencia	71
- La voluntad	74
- Sujeto pasivo	74
- Objeto del acto administrativo	75
- Motivo del acto administrativo	76
- Finalidad del acto administrativo	78
- Formalidades del acto administrativo	80
- El mérito en el acto administrativo	81

CAPITULO TERCERO

ASPECTOS SUBJETIVOS EN LA FORMACION DEL ACTO

1. Generalidades	85
2. Fase interna en el proceso de elaboración del acto administrativo	87

- La intención	87
- Estructuración de la decisión	88
3. Fase externa o de exteriorización	88
- Teoría del elemento esencial	90
- Tesis de la eficacia u oponibilidad	91
- Teoría intermedia	92

CAPITULO CUARTO LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD ESTATAL PRINCIPALMENTE DE LA ADMINISTRACION

1. Generalidades	96
2. Concepto y contenido del principio de legalidad de los actos administrativos	96
- Simple legalidad	96
- Legalidad formal y legalidad interpretativa	97
- Legalidad y juridicidad. Bloque de la legalidad	98
- Legalidad formal y legalidad teleológica	99
3. Estado de derecho y el principio de legalidad	102
- Evolución	102
- Actividad reglada y discrecional	104
- Lo discrecional y reglado: Kelsen	109
- Legalidad y exigencia	110
4. Principio de legalidad y presunción de legalidad	111
5. Principio de legalidad en Derecho colombiano	113

CAPITULO QUINTO PROCESO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMIENTO DE FORMACION DEL ACTO

1. El proceso administrativo	118
- Razones para su incorporación	118
- Proceso. Procedimiento	120
- Proceso Administrativo. Proceso Contencioso Administrativo	124
- Objeto y finalidad del proceso administrativo	125
2. Fases del procedimiento administrativo	126

3. Principios orientadores del proceso administrativo	128
- Principios constitucionales	129
- Principios del artículo 209 Constitucional	137
- Principio de economía	137
- Principio de la celeridad	138
- Principio de la eficacia	138
- Principio de la imparcialidad	138
- Principio de publicidad	139
- Principio de la contradicción	139
- Principio de la moralidad	140
4. Procedimiento de formación del acto en Derecho Positivo colombiano	141
- Características generales	141
- Características especiales	142
- Procedimientos especiales	142
- Instituciones financieras	142
- Entidades territoriales	144
- Derecho de petición	144
- Carácter general del Código Contencioso Administrativo	145
5. Sujetos del procedimiento administrativo	146

CAPITULO SEXTO

INICIACION Y TRAMITE DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

1. Generalidades	150
2. Derecho de petición	150
- Persona interesada	153
- Mecanismos de presentación de la solicitud	153
- Características de la petición	154
- Modalidades de la petición	155
- Interés general y particular	155
- Petición de informaciones	156
- Limitaciones al derecho de petición de información	159
- Protección judicial de la petición de documentos	161
- Consultas	162
- Resolución de la petición	163
- Entidades objeto de la petición	166
3. Cumplimiento de un deber legal	166
4. Iniciación de oficio	167

5. Trámite y formación del expediente	168
- Formación del expediente y acumulación	169
- Trámite del derecho de petición	169
- Trámite en el ejercicio de un deber legal	174
- Trámite de la actuación por iniciación oficiosa	174
6. Conflictos de competencia administrativa	174
7. Régimen probatorio en las actuaciones administrativas	178
8. Adopción de decisiones en vía administrativa	182
- Decisiones fictas o presuntas en vía administrativa.	
Silencio administrativo	183
- Silencio negativo	185
- Silencio positivo	190

CAPITULO SEPTIMO PUBLICIDAD DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS. REGIMEN POSITIVO

1. Generalidades	193
2. Publicidad de actos generales	195
3. Publicidad de actos individuales	200
- Notificación por edicto	202
- Notificación a terceros interesados	203
- Notificación por conducta concluyente	204
- Irregularidades de las notificaciones	204

CAPITULO OCTAVO IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS POR LA VIA ADMINISTRATIVA

1. Generalidades	207
2. Vía gubernativa	208
3. Recursos en vía gubernativa	212
- Recurso de reposición	213
- Recurso de apelación	214
- Recurso de queja	215
- Requisitos generales de los recursos	216
- Período probatorio	220
- Perención y el desistimiento	221
4. Decisiones en vía gubernativa. Silencio administrativo	222
- Silencio ficto o presunto en vía gubernativa	223

5. Agotamiento de la vía gubernativa	224
6. Revocación directa	226
- Revocación como recurso	227

CAPITULO NOVENO

EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. VICISITUDES

1. Generalidades	233
2. Validez de los actos administrativos	234
3. Eficacia de los actos administrativos	235
- Firmeza y ejecutoriedad del acto	236
4. Vicisitudes en la eficacia del acto	238
- Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos	239
- Causales del primer grupo	240
- Causales del segundo grupo	242
- Declaratoria de nulidad	242
- Decaimiento del acto administrativo	250
- Cumplimiento de la condición resolutoria	254
- Pérdida de vigencia	254
- Revocación como mecanismo de la administración.	254
5. Otros problemas en la eficacia del acto	256
- Inexistencia de los actos administrativos	257
- Teoría de la inexistencia de los actos administrativos	260
- Teoría que acepta la inexistencia de los actos administrativos	261
- Teoría que niega la inexistencia de los actos administrativos	261
- Teoría que asimila la inexistencia a la nulidad	262
- Teoría que asimila la inexistencia a las vías de hecho	262
- Teoría de la inexistencia de los actos administrativos en derecho colombiano	263
- Inoponibilidad del acto administrativo	265
6. Convalidación de los actos administrativos	266

CAPITULO DECIMO

TEORIA DE LOS VICIOS INVALIDANTES. VICIOS PROPIAMENTE DE LA LEGALIDAD

1. Aproximaciones a la teoría	269
2. Vicios por inconstitucionalidad	276

- Vicios constitucionales sustanciales	282
- Vicios constitucionales adjetivos	283
- Usurpación de funciones	283
- Usurpación de autoridad o poder	284
3. Vicios por violación de los principios generales del derecho	286
4. Vicios por violación de la legalidad formal.	288

CAPITULO DECIMOPRIMERO VICIOS DE LOS ELEMENTOS EXTERNOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Generalidades	291
2. Vicios por incompetencia del sujeto activo	292
- Incompetencia <i>ratione materiae</i>	293
- Incompetencia <i>ratione loci o territorial</i>	294
- Incompetencia <i>ratione temporis</i>	296
- Incompetencia en razón del grado de horizontalidad	296
- Incompetencia en razón del grado de verticalidad	297
- Competencia de los funcionarios del hecho	298
3. Vicios de la voluntad del sujeto activo	300
- Teoría del error en la voluntad administrativa	301
- Error de hecho	302
- Error en la persona	303
- Error en la naturaleza del acto	304
- Error sobre el objeto del acto	305
- Error sobre los motivos del acto	305
- Error en la sustancia	305
- Error de derecho	306
- La fuerza como vicio de la voluntad administrativa	308
- Elementos de la fuerza	311
- Metus atrox	311
- <i>Contra bona mores</i>	312
- <i>Metus praesens</i>	313
- Tipos de fuerza	313
- El dolo como vicio de la voluntad administrativa	314
- Teoría objetiva de la influencia externa sobre la administración	314
- Teoría subjetiva de la formación interna del dolo en la voluntad del sujeto actor de la administración	315
4. Vicios de forma o de procedimiento del acto administrativo	316
5. Vicios por desconocimiento del debido proceso. Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa	319

**CAPITULO DECIMOSEGUNDO
VICIOS DE LOS ELEMENTOS INTERNOS
DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

1. Generalidades	322
2. Vicios referentes al objeto del acto administrativo	322
- Vicios por imposibilidad en el objeto de acto	322
- Vicios por ilicitud en el objeto del acto	324
- Vicios por indeterminación en el objeto del acto	325
- Vicios por inexistencia del objeto del acto	326
3. Vicios referentes a los motivos del acto administrativo	326
4. Modalidades de vicios en los motivos del acto administrativo	328
5. Falsa motivación de los actos administrativos	331
- Falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos en derecho positivo colombiano	333
- Evolución de la falsa motivación en la jurisprudencia del Consejo de Estado	334
6. Vicios referentes a la finalidad del acto administrativo	339
7. El desvío de poder	341
- Concepto y naturaleza de la desviación de poder	343
- Modalidades y motivos de la desviación de poder	344
- Aspectos probatorios del desvío del poder	345
- Evolución del desvío de poder en la jurisprudencia del Consejo de Estado	349

BIBLIOGRAFIA

**Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en octubre de 1994,
con un tiraje 1000 ejemplares,
Calle 12 N° 1-17 Este
Bogotá, Colombia**

PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN

El Estado, no obstante la magnitud de sus potestades y, especialmente con su poder administrativo en las relaciones con sus asociados, es objeto de regulaciones específicas y concretas tendientes a hacer de su fuerza soberana un ente alejado de la arbitrariedad y la omnipotencia, capaz de cumplir con sus finalidades sociales, tales como el bien común y el interés general. Por tal y dentro de este contexto me he propuesto desarrollar un estudio que pretende abordar la problemática de la estructuración, exteriorización, vicios y nulidad, del principal mecanismo de manifestación de las autoridades administrativas, esto es, del *acto administrativo*.

Considerando que la claridad y certeza en el conocimiento y utilización de las reglas de conducta instituidas por parte de la administración, constituyen la primordial garantía de legalidad y consecuentemente, de respeto a los derechos individuales y generales de los asociados, dedico la parte primera de la obra al estudio de la formación del acto administrativo, en especial, al procedimiento establecido para orientar la exteriorización de la voluntad, -aspecto formal- lo mismo que a sus relaciones con la teoría de la voluntad administrativa aspecto subjetivo.

En una segunda parte enfrente las condiciones de validez en la creación del acto, con todas aquellas eventualidades que pudieran frenar su eficacia jurídica; me refiero a la llamada teoría de los vicios en el acto administrativo, los cuales abordo en su origen, es decir, en el resquebrajamiento del *Bloque de la legalidad* administrativa.

Los capítulos siguientes se ocupan, de manera estrictamente necesaria, de las consecuencias de la manifestación de voluntad administrativa viciada; de la llamada teoría de la nulidad del acto administrativo, en sus aspectos de inexistencia y de mera nulidad. Se pretende de esta manera sistematizar, en una sola línea de estudio, tres aspectos de naturaleza complementaria del acto administrativo.

Deseo, por último, expresar mis agradecimientos a la Universidad Externado de Colombia, a su Rector Dr. Fernando Hinestrosa, lo mismo que al Dr. Carlos Restrepo Piedrahita, Director del Departamento de Derecho Público y Ciencia Política, por su constante confianza y apoyo, para que este estudio pudiera llevarse a buen término; de igual manera agradezco a los licenciados Jorge Madrazo y Héctor Fix-Zamudio, Director e Investigador Emérito, respectivamente del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ciudad Universitaria
México, D.F., 1986

El autor

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Sumido en la convicción del respeto permanente al estado de derecho, como garantía de convivencia y tolerancia, he creído oportuno aportar para su conocimiento y fortificación el análisis de una de sus principales formas de manifestación, esto es, la del acto administrativo. Estudio que hace algo más de ocho años elaboré en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Durante este lapso, la experiencia académica en los cursos de especialización de derecho administrativo y de derecho público de la Universidad Externado de Colombia, al igual que la promulgación de la Constitución Política de 1991, y el inmenso acervo jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la materia, me han llevado a replantear la estructura de la obra, modificar conceptos e incorporar algunos elementos sustanciales para una mejor aproximación a lo que doctrinalmente son las manifestaciones de voluntad de la administración.

En este sentido, destaco las condiciones esenciales de validez y eficacia del acto administrativo, incorporando para tal efecto y en la medida de lo posible, las características especiales que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha incorporado a lo que podríamos denominar: los aportes jurídicos nacionales al derecho administrativo. De igual forma, y con el fin de integrar cabalmente la teoría, se analizan las diferentes hipótesis de anulabilidad del acto, tomando

como punto de partida los ancestros inevitables de la teoría general del derecho.

Este trabajo no hubiera sido posible sin el permanente respaldo de la Universidad Externado de Colombia, de su rector, Doctor Fernando Hinestrosa, lo mismo que del doctor Carlos Restrepo Piedrahita, Director del Departamento de Derecho Público y Ciencia Política, a ellos mi gratitud permanente. De igual manera, quiero destacar la colaboración de la señora Olga de Pabón, quien tuvo a su cargo la transcripción de los originales de esta obra.

Santafé de Bogotá
Universidad Externado de Colombia
Julio 7 de 1994

El autor

CAPITULO PRIMERO

PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTADO Y LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1. Personalidad jurídica y funciones estatales	21
2. Nociones de la personalidad jurídica. Concepto. Clases	23
3. Persona jurídica. Naturaleza e importancia. Elementos	25
- Concepto	25
- Elementos	26
- Criterios	26
- Representante	28
- Capacidad	28
4. Aplicación de la teoría de la personalidad jurídica al derecho público. Naturaleza. Teorías	29
- Teoría de la ficción	31
- Teoría de la negación	31
- Teoría de la realidad	32
- Otra teorías	33
- <i>Teoría de la dupla personalidad</i>	33
- Teoría del órgano	34
- Nuestra opinión	34
- Consecuencias de la personalidad jurídica del Estado.	36
5. Personalidad jurídica del Estado en derecho colombiano	37
- Clasificación legal	37
- Reconocimiento legal	37
- Nación o Estado	39
- Conclusión	39

CAPITULO PRIMERO

PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTADO Y LA FUNCION ADMINISTRATIVA¹

SUMARIO: 1. Personalidad jurídica y funciones estatales 2. Nociones de la personalidad jurídica. Concepto. Clases. 3. Persona jurídica, naturaleza e importancia. Elementos. Concepto. Elementos. Criterios. Representante. Capacidad. 4. Aplicación de la teoría de la personalidad jurídica al derecho público. Naturaleza. Teorías: Teoría de la ficción. Teoría de la negación. Teoría de la realidad. Otras teorías: Teoría de la dupla personalidad. Teoría del órgano. Nuestra opinión. Consecuencias de la personalidad jurídica del Estado. 5. Personalidad jurídica del Estado en derecho colombiano. Clasificación legal. Reconocimiento legal. Nación o Estado. Conclusión.

1. PERSONALIDAD JURIDICA Y FUNCIONES ESTATALES

Abordar el concepto y problemática de las manifestaciones de voluntad de los entes públicos implica, ante todo, sumirse en la teórica misma

1. Vid, Carrejo, Simón. *Derecho civil*, Bogotá, t. I. Editorial Temis, 1972, pp. 273-284 y 409-429; Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, t. II, Abeledo Perrot, 1982, pp. 9-17; Cretella Junior, José. *Curso de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1967, pp. 32-53; García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*, Madrid, t. I, Editorial Civitas, S.A., 1982, pp. 20-28, Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, cap. III; Hauriou, André y otros. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Editorial Ariel, 1980, pp. 165-168; Linares, Juan Francisco. *Fundamentos de derecho administrativo*, pp. 9-37; Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1978, pp. 1-93; Marienhoff S., Miguel. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, *Teoría general*, 1982, pp. 347-384; Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1981, pp. 40 y 41; Tafur, Alvaro. *Entidades descentralizadas*, pp. 43-50; Zipopelius Reinhold. *Teoría general del Estado*, México, UNAM, 1985, pp. 97-101.

del Estado y en especial, en aquella que se ocupa de la distribución del poder según las distintas funciones básicas, para concluir que, como fenómeno de lo político-jurídico, el Estado en su dinámica puede producir actos legislativos, judiciales o administrativos. Es decir, todo un universo de manifestaciones propias del desarrollo mismo del ámbito de competencias encomendadas normativamente. Se trata de decisiones adoptadas en los distintos extremos funcionales en cumplimiento de sus objetivos, y en procura de la consolidación de sus finalidades. Todo con sujeción al principio del respeto al bloque de la legalidad que permite, en todo estado de derecho, observar y determinar el ámbito de competencias de los distintos poderes.

Adicional a lo anterior, se hace necesario decantar otro de los elementos de la teoría general del Estado que complementa los expuestos. Se trata de revivir para el derecho público la llamada teoría de la personalidad jurídica del Estado. No podemos inmiscuirnos en la problemática de las decisiones del Estado sin antes indagar las razones por las cuales ese ente las adopta y las impone. ¿Cuáles es su capacidad y de dónde proviene? ¿Por qué su poder coercitivo o su facultad obligacional? E incluso: ¿por qué adquiere a la luz del derecho, prerrogativas similares a las de los seres humanos tratándose de las relaciones internacionales? ¿o en las propias de su dialéctica interna, en asuntos como los referentes al reconocimiento de derechos fundamentales, antes solo predicables de las personas naturales?^{1A}.

1A. Las personas jurídicas son titulares de los llamados derechos fundamentales, en todo aquello que no esté exclusivamente reservado a los seres humanos. En el caso colombiano, esta tesis fue aceptada por la Corte Constitucional en los siguientes términos: "el art. 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela... para los efectos relacionados con la titularidad de la Acción de Tutela se debe entender que existen derechos fundamentales, que se predicen de la persona humana... pero otros derechos, ya no son exclusivos, de los individuos, aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad, o realizar los derechos comunes. En consecuencia, en principio, es necesario tutelarlos derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no *per se*, sino que en tanto que vehículo para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales, en caso concreto a criterio razonable del juez de tutela... o cuando las personas jurídicas, son titulares de derechos fundamentales..." Sala de Revisión N° 4, sentencia del 17 de junio de 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. En este mismo sentido el interesante artículo de José Manuel Díaz Lema. ¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídicas públicas? *Revista de Administración Pública*. N° 120 septiembre-diciembre, Madrid, 1989, pp. 79-a y ss. Sostiene este autor que el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas,

Esto ha llevado a que se admita que el Estado es una verdadera persona de las llamadas morales o jurídicas, creada por el derecho; y que los actos -legislativos, administrativos o judiciales- que en su cumplimiento nazcan a la vida jurídica no sean más que un producto de su personalidad.

El Estado, entendido como persona jurídica, nos resulta un sujeto de derecho -al lado de las personas naturales y de otras personas jurídicas-, que se compromete por los actos resultantes de sus actuaciones. De no ser así, de no entenderse el Estado como una persona de creación abstracta por el derecho, no sería posible explorar los conceptos y contenidos de la teoría general del acto y sus implicaciones en los campos de su eficacia y validez, ni mucho menos entender la capacidad del Estado para ser titular de derechos, obligaciones o su permanencia e incluso su carácter de sujeto activo o pasivo procesal².

El asunto adquiere tanta importancia, que me atrevería a afirmar, que está en íntima y directa relación con toda la problemática de la institucionalización del poder. Es más, estado de derecho es fuente indiscutible de personalidad jurídica.

2. NOCIONES DE LA PERSONALIDAD JURIDICA. CONCEPTO. CLASES

Vista la natural relación entre la personalidad jurídica del Estado, sus funciones, y los actos que en razón de cada una de ellas sean proferidos, nos corresponde examinar la teoría general de la personalidad, con el

públicas es un caso más de la expansión interpretativa de los mismos, que no ha sido ampliamente aceptado, por ejemplo en la jurisprudencia alemana, concluye reconociendo que ciertas personas públicas pueden ser sujetos de derechos fundamentales.

2. Cfr., Hauriou, André y otros. *Op. cit.*, supra, p. 165. José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, p. 12, Cavalcanti, Themístocles Brandao. *Teoría dos Atos Administrativos*; Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo 1973, pp. 3 y ss. Massera, Alberto. Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel Diritto Amministrativo; l' Stato- persona e Organo Amministrativo profili storico - dogmatici; Guido Landi e Giuseppe Potenza; Manuale di Diritto Amministrativo; nona edizione; Giuffrè- Editore; p. 69 y ss.

fin de aclarar y comprender sus elementos, útiles para una posterior aplicación de ellos al concepto de Estado como persona jurídica, es decir, al Estado sujeto titular de deberes y obligaciones.

Los conceptos fundamentales de persona en sus diferentes connotaciones pertenecen a la teoría general del derecho, lo que los hace predicables -con las limitaciones del caso- a las fundamentaciones teóricas del Estado personal moral.

En el lenguaje jurídico; son personas los seres capaces de tener derechos y contraer obligaciones, en otras palabras: sujetos portadores de facultades y deberes, nacidos los primeros en el derecho subjetivo y originados los otros en las estipulaciones jurídicas³.

La doctrina reconoce corrientemente dos clases de personas: los individuos de la especie humana llamados personas físicas, y ciertos establecimientos, fundaciones o seres colectivos a los cuales se les da indiferentemente el nombre de personas morales, jurídicas, civiles, abstractas, intelectuales o ideales. Fuera de estas dos clases de personas, capaces de actuar en la vida y ser por consiguiente sujetos de derechos y de obligaciones, no se conocen otras.

3. Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, sentencia de agosto 21 de 1940, Gaceta judicial, vol. L; p. 197; Carrejo, Simón. *Derecho civil, cit.*, sobre la etimología de persona dice: "Los vocablos persona y personalidad provienen del Teatro dramático griego de la antigüedad; allí se empleaba el término persona para indicar la máscara con que se caracterizaba cada uno de los actores. Otras tendencias etimológicas relacionan la palabra persona con la expresión, perfecta *sonans*, y aun con la locución *per-se* una, ambas indicativas de la unidad asignada al ser calificado como persona". Ver también, Maggiore, Giuseppe. *Derecho penal*, Bogotá, vol. II, Editorial temis, 1955, pp. 254 y 259, quien sobre el concepto jurídico sostiene: "En sentido jurídico, persona es el sujeto del derecho, o sea, el punto de referencia o control de imputación -para decirlo con Kelsen- del ordenamiento jurídico objetivo. En realidad, este ordenamiento es hecho para el hombre, pero el hombre a su vez existe como *subjetum juris* (sujeto del derecho), con relación al ordenamiento jurídico". Resulta oportuno hacer referencia a la interesante tesis del fundador de la Escuela de Viena: Kelsen, Hans. *Op. cit.*, para quien: "La Distinción de Hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes... compruébese esto en la distinción entre personas 'físicas' y 'personas jurídicas', sosteniéndose que las personas físicas son los hombres y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de Derecho que no son Hombres. Ahora bien, es indudable que para el conocimiento jurídico sólo pueden existir personas jurídicas. Y si la persona 'física', como sujeto de Derecho ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que ser persona jurídica en el mismo grado y en el mismo sentido que todas aquellas para las que es reservado hasta ahora el nombre de personas jurídicas; una y otra tienen que ser referidas al denominador común del Derecho, para que puedan unirse en el común concepto de persona jurídica..." (p. 82).

Siguiendo esta orientación de la teoría general del derecho, el ordenamiento privado colombiano consagra en el artículo 76 del Código Civil, que las personas son naturales o jurídicas. Para efectos de nuestro estudio, nos orientamos por esta última categoría de personas.

3. PERSONA JURIDICA. NATURALEZA E IMPORTANCIA. ELEMENTOS

Como ocurre con la generalidad de las instituciones jurídicas, la noción de la personalidad moral es el resultado del desarrollo de formas jurídicas nacidas en la antigüedad que, con el transcurso de los años, se fueron perfeccionando hasta ser objeto de una elaboración positiva por los teóricos iusprivatistas alemanes, seguidores del pandectismo.

Concepto

La personalidad jurídica o moral, no es más que la atribución por el ordenamiento jurídico de derechos y de obligaciones a sujetos diversos de los seres humanos, circunstancia ésta que nos permite afirmar que las personas jurídicas son, en estricto sentido, un producto del derecho, y sólo existen en razón de él; sin su reconocimiento, nunca tendrán personalidad moral las colectividades; ni serán entes con existencia material, o corpórea; son el producto abstracto del derecho que permiten a comunidades jurídicamente organizadas cumplir los objetivos trazados por sus miembros⁴.

El Código Civil colombiano define la persona jurídica destacando los atributos propios de las personas naturales, es decir, que son entes capaces de tener derechos y contraer obligaciones, asimilando de esta manera, para efectos prácticos, la esencia jurídica de los seres humanos a colectividades jurídicamente organizadas⁵.

4. Cfr., Carrejo, Simón. *Op. cit.*, pp. 409 y 410; En igual sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, sentencia de agosto 21 de 1940, vol. L, p. 197; sostuvo este autor en su providencia refiriéndose a la naturaleza de la persona jurídica, que: "Existen sólo en el derecho y por el derecho. Faltando el reconocimiento no hay más que colectividades de individuos... El reconocimiento puede ser obra de la Ley o de una actuación administrativa".

5. Código Civil colombiano, libro I, título XXXVI, artículo 633: "Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

Elementos

La legislación civil, ha enunciado como elementos indispensables para la existencia de una persona jurídica, la autorización del ordenamiento positivo, sea esta presunta, como sucede en algunos eventos del derecho público, (por ejemplo, en el caso de la creación de una entidad territorial) expresa a través de autorización legal o administrativa; o automática como en el caso del artículo 39 Constitucional sobre sindicatos. Adicionalmente, la existencia de unos representantes, un patrimonio y capacidad suficiente, diversa a la de sus miembros, en su conjunto, estos elementos acabarían por estructurar la persona jurídica, creación del ordenamiento⁶.

Criterios

En derecho colombiano, lo genérico de la regulación constitucional, permite concluir que el Estado, a través del Congreso tiene la posibilidad de regular el régimen del reconocimiento de la personalidad jurídica. No solo en interés general, como sería en el caso del ejercicio de lo preceptuado en el Art. 50 numeral 23, que otorga una competencia general al Estado para regular el ejercicio de las funciones públicas, sino también en aquellos casos especiales, en que la Constitución califica las personas jurídicas para efectos de su control o vigilancia, como sucede en las hipótesis del artículo 150 numeral 19, literal d), sobre regulación de actividad de personas dedicadas al ejercicio financiero, bursátil, asegurador o de aprovechamiento o inversión de los recursos captados del público, en concordancia con el Art. 189 numerales 24 y 25 Constitucional.

En este sentido, y respetando lo que la Constitución hubiere dispuesto, podemos concluir que el régimen nacional de las personas jurídicas está sujeto a regulación legal por mandato constitucional, el cual

6. Carrejo, Simón. *Op. cit.*, p. 413, justifica los requerimientos para la existencia de persona jurídica de la siguiente manera: "Hay razones de orden político, porque el Estado debe vigilar los entes que se forman en su interior, so pena de fomentar rivales poderosos que puedan poner en peligro su estabilidad... El Estado tiene positivo interés en la circulación de los bienes".

puede establecer los mecanismos que considere prudentes para su reconocimiento o regulación⁷.

Son cuatro los medios posibles para el reconocimiento de la personería jurídica: Uno: el llamado privilegio legal, consistente en que la misma ley determina qué entes, por su mandato, son personas jurídicas. Dos: el sistema del privilegio administrativo, mediante el cual el gobierno, autorizado por la ley, imparte aprobación a las colectividades que cumplan con las exigencias y requisitos para obtener su personería jurídica. Tres: el del reconocimiento automático, según el artículo 39 Constitucional, que otorga a los sindicatos este privilegio sin intervención de decisión estatal. Y el cuarto medio, el que parte del supuesto de la reunión previa de determinados requisitos para la existencia de la persona jurídica, sin mediar el reconocimiento expreso posterior, como en el caso de las sociedades e incluso frente a la discusión del Estado como persona jurídica.

Tratándose del privilegio legal, este puede optar por la modalidad del reconocimiento presunto, y vale repetir el ejemplo de las sociedades -en los casos en que la ley ha indicado qué colectividades pueden adquirir por su mandato al estatus de persona jurídica-, esto ha llevado a la jurisprudencia a sostener la tesis del reconocimiento de la personalidad moral por la sola existencia de la comunidad⁸.

7. Constitución Política de Colombia, artículo 14 "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". Artículo 16 "todas las personas tienen al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". Artículo 38 "Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad". Artículo 39 "Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del Acta de Constitución... la cancelación o suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial..." Artículo 118 "el Consejo Nacional Electoral, reconocerá personería jurídica a los partidos o movimientos políticos..."

8. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de agosto 28 de 1948, Gaceta Judicial, vol. LXVI, p. 731; sobre la personalidad jurídica por la sola existencia dijo: "Sobre esta base reconoció inicialmente el Código como persona jurídica a las corporaciones y a las fundaciones de beneficencia... Más tarde introdujo la Ley dentro de esta especie de personalidad moral a la nación, los departamentos los municipios... Estas nuevas personas jurídicas asumen tal calidad desde su creación". Sobre los sistemas de reconocimiento, esta sentencia afirma que existe el sistema del privilegio legal administrativo o gubernamental.

Representante

Las personas jurídicas deben poseer necesariamente un representante que le permita realizar, a su nombre, los actos para los cuales estén capacitadas y autorizadas. Por tratarse de personas sin una existencia corpórea, deben acudir a un "ser" que interprete y ejecute su objeto, que actúe a su nombre. Estos individuos, que necesariamente deben ser personas naturales, son los llamados órganos de la persona, correspondiéndoles las tareas ya indicadas anteriormente y que comprometen a la persona moral⁹.

Capacidad

En lo que corresponde a la teoría general del derecho, el término persona jurídica equivale a la reunión de individuos y bienes con relevancia jurídica, que directamente son considerados como sujetos del derecho. Por otra parte, el concepto de personalidad es la cualidad inmotora abstracta que hace a la persona apta, capaz, de ser sujeto de derechos y obligaciones, lo cual no implica que estemos identificando la personalidad con la capacidad, por cuanto la primera la entendemos

Sentencia de 7 de noviembre de 1955, Gaceta Judicial, vol. LXXXI, p. 922, sala de negocios generales: "La calidad de persona jurídica se adquiere por creación legal o por reconocimiento administrativo, según sea la naturaleza de la asociación o entidad de que se trate".

9. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de junio 13 de 1975, Gaceta Judicial, vol. XLI, p. 124: "El modo de comportarse de estas dos clases de personas dentro del mundo del derecho, empero no es idéntico, pues en tanto que el hombre, la persona física, puede actuar por sí mismo, sin el ministerio de otra que la dirija o que le sea su vocería, las personas morales, por su misma naturaleza, ya que son entes colectivos distintos de las personas naturales que las integran, no pueden realizar por sí mismos los actos jurídicos típicos de la vida del Derecho; sus decisiones se toman a través de órganos suyos creados con tal fin y su voluntad jurídica se realiza o concreta por intermedio de las personas naturales en quienes se ha radicado su representación a través de los cuales obra". Hauriou André y otros. *Op. cit. supra* nota número 1 p. 165: ilustra este autor, de manera acertada, el problema del Estado y sus agentes: "... En el Estado así creado y constituido, como un organismo estructurado, se produciría diariamente un fenómeno curioso. Algunos individuos actúan, y los resultados, de su acción afectan a la colectividad estatal entera... cuando estos diversos magistrados o agentes, cumplen actos propios de sus funciones, su personalidad desaparece y las consecuencias de su actividad se remiten al Estado. En el lenguaje jurídico se dice que estos individuos ...son órganos del Estado y que el Estado es una persona jurídica...".

en el sentido amplio de aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas, y a la segunda la ubicamos como una consecuencia inevitable de la personalidad. Mientras la capacidad es una cualidad intrínseca de un sujeto que le permite ser el centro del derecho, la personalidad es, por su naturaleza, mucho más amplia y abarca también la capacidad, lo cual hace que la misma -la personalidad-, según la doctrina, sea considerada como absoluta, unitaria e indivisible.

La capacidad es limitada, específica y restringida; admite divisiones como las conocidas de goce y de ejercicio. Además, como lo anota certeramente el profesor Carrejo¹⁰: "Debe hacerse notar que mientras la idea de personalidad es estática, la de capacidad es dinámica; al paso que la primera se refiere a una cualidad del ser humano o de las agrupaciones dichas en sí mismas consideradas, la segunda es una posibilidad de actuación en la vida jurídica".

4. APLICACION DE LA TEORIA DE LA PERSONA JURIDICA AL DERECHO PUBLICO. NATURALEZA. TEORIAS

El tránsito histórico del Estado ilimitado e individualista al Estado institucionalizado implicó para el derecho, la estructuración de una nueva tipología y terminología jurídica amplificadora del pensamiento jurídico.

Acudiendo a las elaboraciones iusprivatistas de los teóricos del pandectismo, tratadistas como Albrecht, Gerber, Laband, Jellinek, entre otros, trasladaron los planteamientos sobre la persona jurídica al derecho público, sosteniendo que ésta -la personalidad jurídica- permitía entender en su plenitud al Estado, justificando y sosteniendo su relación con el derecho y constituyéndose, de esta manera, "en el presupuesto de toda construcción jurídica en derecho público"¹¹. Es decir, que correspondiéndole al Estado la cabeza de la juridicidad o

10. Carrejo, Simón. *Op. cit.*, p. 277; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de mayo 6 de 1954, Gaceta Judicial, vol. LXXVII, p. 556.

11. Dromi, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires. Editorial Astrea, pp. 53 y 55; García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 20.

personalidad jurídica, la totalidad de sus elementos y funciones se explicarían a partir de él. Las funciones legislativa, ejecutiva o judicial, son entonces funciones del Estado como persona jurídica y no actividades independientes, aisladas, del tronco central orientador y detentador del poder unificador¹².

La teoría de la personalidad jurídica del Estado no es una concepción que pretenda negar los otros calificativos o definiciones que sobre el fenómeno estatal se han expuesto. Todo lo contrario, pretende encontrar una justificación, desde el punto de vista de esta disciplina, de lo que es el Estado. No niega las elaboraciones políticas, sociológicas o económicas que se hagan sobre el mismo, busca ante todo encuadrar al Estado dentro de la dinámica de lo jurídico, explicando la institución desde esta óptica. De no acudir a este instrumento interpretativo, serían muchas las dudas y conflictos que la existencia inevitable del Estado provocaría entre quienes debemos enfrentar sus constantes manifestaciones.

Pese a lo anterior, en el derecho no ha existido uniformidad en cuanto a la existencia y alcance de la personalidad jurídica. Son muchas las tesis y teorías que se han expuesto, algunas de ellas desechando por completo la posibilidad de que el Estado sea una persona jurídica.

En este sentido observamos cómo los teóricos ius-publicistas han acudido, para la sustentación o negación de la personalidad jurídica del Estado, a los trabajos que sobre la materia elaboraron los pensadores ius-privatistas. Es así como se han expuesto las mismas tesis básicas de la Teoría general en torno a la personalidad jurídica del Estado: la

12. Puede ampliarse este tema en la obra de García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.*, *supra* nota No. 1 pp. 22 "El problema queda planteado, de este modo, en unos términos muy diferentes: Ya no se vé en el Estado, un conjunto de poderes individualizados... sino una persona jurídica que realiza múltiples funciones". Estos autores plantearon igualmente, que de manera exclusiva, la administración pública, además del Estado, es persona jurídica. Por lo que se refiere al Parlamento, más que un órgano del Estado, debe concebirse, como "un órgano del pueblo, auténtico, titular de la propiedad del poder"; y por lo que se refiere a los jueces y tribunales, tampoco deben concebirse como órganos del Estado, sino del derecho. Véase las interesantes críticas a estos planteamientos en: Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo Español; por Fernando Garrido Falla. *Revista de Administración Pública*, No. 97 enero-abril de 1982, Madrid.

de la ficción, la de la negación, y la de la realidad. Concepciones que de una manera u otra se incorporan a la doctrina del Derecho Público como sustentos invaluable para la discusión sobre la naturaleza jurídica del Estado^{12A}.

Teoría de la ficción

Se trata de la concepción clásica sobre la personalidad jurídica. Fue sostenida y defendida por teóricos como Savigny (*Traite de Droit Romain*); Windscheid (*Pandette*); Aubry e Rau (*Cours de Droit Civil Francais*); Lyon Caen e Ranault (*Traite de Droit Commercial*); Baudry - Lacantinerie e Foucade (*Traité theorique et pratique de Droit Civil*); Berthelemy, Michoud (*La Theorie de la Personnalité morale*). Sostienen sus elaboradores que los sujetos jurídicos son única y exclusivamente, para fines jurídicos, creados por la ley. Es decir, el sujeto no es en la práctica un sujeto. La persona moral según esta teoría es una unidad ideal, independiente de las personas físicas que la ponen de manifiesto en el mundo del derecho.

Teoría de la negación

Parte esta tesis del supuesto que las personas jurídicas no existen como tales, por lo tanto la única realidad jurídica subjetiva posible, está en cabeza de los asociados o miembros de la misma. En este sentido, el Estado sería, por ejemplo, un conjunto de autoridades y de voceros o agentes, que realizan efectivamente la autoridad. Nace esta teoría en las pugnas doctrinarias en torno a la teoría de la ficción. Sus defensores tuvieron que admitir la personalidad del hombre y negar la existencia de seres artificiales. Esta tesis se desprende de los trabajos principalmente de Ihering (*L' Evolution du Droit*); Saleilles (*De la Declaration de Volonté*); y Planiel (*Traite de Droit Civil*).

^{12A}. Allan R. Brewer-Carías. La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual, de la clasificación de los sujetos de derecho: *Revista de la Facultad de Derecho*. No. 57 abril de 1976, Universidad Central de Caracas, p. 115. Sostiene este autor que no nos debemos extrañar de la utilización de las normas y principios del derecho privado en el derecho público. El fenómeno del intervencionismo estatal, ha hecho que recíprocamente el ordenamiento público y privado, compartan sus contenidos. De esta forma resulta perfectamente posible, encontrar en la administración personas jurídicas, con regímenes similares a las de las privadas y personas supuestamente de derecho privado, sujetas a normas de orden público.

Teoría de la realidad

La idea central de esta tesis es que las personas jurídicas tienen una real y plena existencia, no sólo como expresión de la ley sino de la voluntad de quienes deciden conformarlas. Entidades con estructura y existencia propias, diferente a la de sus miembros, las cuales, si bien no tienen un contexto físico, si pueden desprender sus caracteres de los convenios o normas que les dan su configuración; de aquí que el Derecho las reconozca, acepte y les permita actuar en el tráfico jurídico. Esta tesis es defendida fundamentalmente por Jellinek (sistema dei diritti pubblici subbietivi) y, Gierk, Michoud.

Sostiene Jellinek, que la personalidad jurídica resulta de la ley, y no de condiciones físicas. No se puede comprender la personalidad jurídica de una persona aislada, porque ella presupone una idea de relación y de dependencia. Dentro del positivismo, la tesis es dada por Adolfo Merkl, para quien la idea de la personalidad jurídica resulta indispensable para la construcción jurídica de los derechos subjetivos y la actividad del Estado.

Esta teoría es arduamente criticada por Ius-publicistas tales como Duguit (Droit Constitutionnel) y Jéze (les principes Généraux de Droit Administratif). Para el primero, la teoría de la realidad o de la existencia de la persona jurídica estatal, implica el acercamiento a las teorías individualistas del derecho, las cuales no son las que deben orientar la concepción de Estado. "... No se puede aceptar la doctrina, todavía dominante, del Estado persona colectiva soberana... porque reposa sobre conceptos metafísicos sin valor; de una parte la pretendida personalidad de la colectividad, que tendría una conciencia y una voluntad y de la otra parte la soberanía, es decir, el poder de formular órdenes que pertenece a esta voluntad soberana..."

Jeze, por su parte, al referirse al asunto sostiene que se trata de "... un dogma, una religión en la cual no creo. No tengo fe; ha pasado el tiempo de esta religión... el Derecho Público y Administrativo no puede ser expuesto recurriendo a la ficción de las personas morales..."

Otras teorías

Teoría de la Dupla personalidad

Vale destacar dentro de este análisis una última e histórica teoría, expuesta por algún sector de la doctrina en su preocupación por resolver algunos conflictos prácticos del derecho público. Se trata de la Teoría de la Dupla Personalidad, expuesta por D' Alessio en Italia (Istituzione, de Diritto Amministrativo Italiano), y por Otto Mayer en Alemania (Droit Administratif Allemand). Esta teoría inspirada en principios del derecho natural, parte de una doble personalidad jurídica del Estado, en sus relaciones en el mundo jurídico. Personalidades, una de orden estrictamente político, emanada del ejercicio del poder y otra de orden económico, derivada de los asuntos de la hacienda o el fisco estatal.

La primera de las personalidades, por su mismo carácter de política, es propia del derecho público; donde el Estado actúa con criterios diferentes a los de los simples particulares, no puede ser objeto de obligaciones jurídicas. La segunda personalidad, esto es la emanada del fisco, sitúa al Estado en el mundo de las relaciones del derecho privado, permitiéndole todas las prerrogativas de los sujetos de aquel ordenamiento, es decir, ser sujetos de derechos y obligaciones. El fisco se sostiene, es la Caja o el Tesoro, por lo tanto a partir de él, se producen las relaciones de orden civil y patrimonial del Estado. El fisco, por lo tanto, debe representarlo.

Cuando el Estado ejerce el poder público, no puede ser objeto del Derecho Civil; mas si actúa como particular, esto es, cuando compra, vende, contrata, etc., está sometido a un régimen perfectamente distinto al público y debe regirse por las normas de las relaciones privadas. Esta teoría elemental, tuvo su arraigo en algunas legislaciones, sin embargo, ante la claridad de las modernas concepciones antes expuestas puede rebatirse ampliamente. No es la actividad del Estado la que determina la naturaleza de la personalidad. Es la personalidad jurídica la que le permite ejercitar ampliamente cada una de sus funciones, entre las cuales pueden existir algunas que se asimilen a las de los particulares.

Teoría del órgano

Expuesta entre nosotros, a manera ilustrativa, por el profesor brasileño, Themístocles Brandao Cavalcanti, pretende revivir la antigua teoría fisiológica de los poderes o teoría de los órganos según la cual, en su aplicación a la personalidad jurídica, significa que la personalidad del Estado se encuentra desdoblada en diferentes partes de su estructura. El Estado así visto, aparece como un organismo complejo, constituido de elementos que representan verdaderas unidades autónomas a través del cual se ejercen sus funciones. Para sustento de esta tesis se toma el ser humano, su conformación y actividad, asimilando las funciones del Estado. Esta tesis sirve de fundamento a la personalidad jurídica del Estado y de sus integrantes. Como por ejemplo, en el caso colombiano, la de las entidades territoriales.

Podemos concluir que son muchos los planteamientos que se han realizado, tratando de identificar la aplicación del concepto al derecho público e incluso con el fin de negarle al Estado su participación naturalística en este concepto. Nuestro estudio no pretende abordar cada una de ellas en extremo, tan sólo desea presentar lo existente, con el fin de reafirmar nuestra convicción de la necesidad del reconocimiento pleno de la personalidad jurídica del Estado¹³.

Nuestra opinión

Consideramos que la discusión sobre la naturaleza jurídica puede, en la hora actual, tenerse como superada ante la evidencia de ser el

13. Cfr., Marienhoff S., Miguel. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 351 y ss., Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho Constitucional General*, 2a. edición, Universidad Externado de Colombia, 1981. pp. 65 y 66. Puede consultarse el completo estudio realizado por el Prof. italiano Alberto Massera *Op. cit.* supra nota no. 2; en donde se detallan la totalidad de las tesis expuestas sobre la personalidad jurídica del Estado: "La personalità giuridica dello stato nella dottrina di lingua germanica (Albrecht, Savigny, Gerber, Laband, Gierke, Jellinek; Mayer Wolff) La personalità giuridica dello stato nella dottrina francese (Berthelieny Hauriou, Duguit, Carré de Malberg). La Personalità giuridica dello stato della dottrina italiana (L. Meucci, G. Montellini, Orlando Ranelletti, romano). Complementan el tema, los estudios de Rodolfo Bullrich, principios generales del derecho Administrativo, Buenos Aires, 1942; Themístocles Brandao Cavalcanti. *Op. cit.* supra nota no. 2. y Wilson de Souza. *Campos Batalha*, Teoría Geral. do Direito; forense; Rio de Janeiro 1982, p. 1969.

Estado un ente dotado de personalidad jurídica¹⁴. El problema, como lo anotamos, no radica en si es o no el Estado persona jurídica y, por lo tanto, si en el derecho público puede o no sostenerse la existencia de la figura de la personalidad jurídica; consideramos, desde un punto de vista naturalístico y real, que por el mero hecho histórico de la aparición del Estado -concepto jurídico-, este se estructura como persona jurídica por fuera de las consideraciones teóricas respecto de su reconocimiento constitucional o legal.

Aceptada la personalidad jurídica del Estado, las controversias se radican en el campo de aplicación de la misma y en sus diversas funciones.

Sobre este espinoso asunto, la doctrina se ha enfrentado llegándose a sostener, por parte de los llamados defensores de la personalidad integral, que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de los tres poderes, lo que convierte a éstos en simples órganos del Estado como persona jurídica.

Otro sector contrario a lo anterior, afirma que cada uno de los órganos o ramas del poder público gozan de autonomía, en razón a que tienen personalidad jurídica diversa de la del Estado. Esto sería aceptable, única y exclusivamente en aquellos casos en que la Constitución y la Ley así lo prevea. Un tercer sector doctrinal, que podríamos denominar defensores de la personalidad jurídica de la sola función administrativa, considera que, por encima de todo, el Estado constituye una personalidad jurídica, pero que igualmente y de manera especial se le reconoce al Poder Ejecutivo, es decir, a la administración pública.

Para el derecho administrativo, la administración pública puede ser una persona jurídica organizada globalmente que ejecuta, que tiene autonomía; es un sujeto de derechos y en consecuencia, es fuente de declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de patrimonio

14. En igual sentido, Alessi, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, tomo I, Casa Editorial Bosh, 1970, p. 39. Reinhold Zippelius. *Op. cit. supra* nota No. 1. ".... según el ordenamiento jurídico positivo de que se trate, no sólo pueden ser sujetos de imputación jurídico-técnica el Estado, los municipios, etc., como totalidades, sino también sus diversos órganos....".

y eventualmente responsable por sus actuaciones. Solo si hay reconocimiento expreso de lo contrario, el ente jurídico continuaría siendo el Estado. Esta teoría deja por fuera de la personalidad jurídica autónoma a las funciones judicial y legislativa, apartándolas directamente de lo que podríamos denominar el objeto del derecho administrativo, pero sin negar que disfrutan de la del Estado¹⁵.

En nuestro concepto, y según lo que vimos acerca de la personalidad jurídica del ente estatal, el reconocimiento o estructuración a nivel interno de personas jurídicas de derecho público le corresponde irremediabilmente a la Constitución o la ley.

Consecuencias de la personalidad jurídica del Estado

Es uniforme la doctrina al considerar como efectos principales de la personalidad jurídica del Estado las siguientes características: a) Somete el Estado al ordenamiento jurídico, correspondiéndole responder por las actuaciones de sus representantes; b) Explica al Estado como sujeto demandante o demandado, o contratista; c) Le otorga continuidad y perpetuidad, a pesar de sufrir cambios de sistemas o de regímenes; d) Permite comprender la estructura y naturaleza de los actos proferidos por los diversos órganos, en especial los administrativos¹⁶.

15. Cfr., García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.*, *supra* nota N° 1. p. 20. Garrido Falla, Fernando. *Reflexiones...* *op.cit.*; *supra* nota N° 12. Son cuatro las tesis sobre en quien recae la personalidad jurídica: sólo en la administración; en el Estado; sólo en la administración pública pero con posibilidad de sectorizarla a sus órganos no administrativos; tanto en el Estado como en la Administración.

16. Cfr., Hauriou, André y otros. *Op. cit.*, p. 168. Dromi, José Roberto. *Op. cit.* *supra* nota N° 2; agrega este autor algunas otras: "Las relaciones patrimoniales del Estado; las relaciones de poder y su exteriorización; las acciones de responsabilidad, y las relaciones interadministrativas.

5. PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO

Clasificación legal

En derecho positivo público colombiano, de larga data, se viene aceptando la teoría de la personalidad jurídica, inicialmente en el ordenamiento civil y posteriormente en normas de carácter iuspublicistas, siguiendo directrices doctrinales. De manera general, se han clasificado las personas jurídicas en: de derecho público y de derecho privado. Las primeras son aquellas que deben su creación a los desarrollos legales del derecho público; en el decir de nuestra Corte: "aquellas... en que se traduce el poder del Estado, ya directamente, ya como derivación del mismo en orden de la prestación de servicios públicos"¹⁷.

En razón a su especialísima naturaleza, la legislación civil ha excluido las normas referentes a este tipo de personalidad jurídica. El artículo 635 del Código Civil colombiano estipula que las disposiciones contenidas en el título sobre personas jurídicas no se extienden a las corporaciones o fundaciones de derecho público, tales como los establecimientos que se financien con fondos del tesoro nacional. Las segundas son objeto del derecho civil y de ellas no nos ocupamos en el presente trabajo.

Reconocimiento legal

El legislador, ante la carencia de reglamentación ha dictado, a través de los años, una serie de normas que le han dado cuerpo propio a la institución, clarificando de paso el régimen aplicable a los actos proferidos por estos organismos. Es así como en 1887, mediante la Ley 153 -artículo 80-, se determinó que serían personas jurídicas de derecho público: "la nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública y las corporaciones creadas y reconocidas por la ley". Dentro de esta

17. Corte Suprema de Justicia, sentencia de febrero 8 de 1962, Gaceta Judicial, tomo XCVIII, p. 61.

evolución, y acogiendo directivas doctrinales, mediante el Decreto 393 de 1957, se estableció que los anteriores establecimientos adquirieran su condición de personas jurídicas desde el momento en que se constituyeran y de conformidad con el acto de poder público que los creaba. Los actos posteriores del gobierno nacional, no tenían otra finalidad que la de establecer si los estatutos de dichas entidades se acomodaban a la ley que los creó y a la moral o al orden legal. De esta forma se acogió en el derecho colombiano, la tesis de la atribución legal, incluso para la Nación -Estado-, aunque en nuestra opinión en este último caso, era innecesario, si se tiene en cuenta, como lo sostiene Dromi, que el Estado es persona jurídica desde el mismo momento de su creación, sin necesidad de un reconocimiento expreso. La sólo institucionalización del poder, es decir, el establecimiento de un régimen político, con normatividad jurídica, constituye el Estado y de ahí se desprende su personalidad jurídica¹⁸.

Con la reforma administrativa de 1968 se llegó a un alto grado de claridad respecto a la personalidad jurídica del nivel descentralizado nacional por servicios. Precisamente con la expedición de los Decretos 1050 y 3130 de dicho año y con desarrollos posteriores, como los contenidos en el Decreto 130 de 1976, se ha logrado conformar un cuerpo de instituciones estatales de primero y segundo grados en donde la base fundamental jurídica de su existencia obedece al reconocimiento que se hace de su personalidad.

Recientemente, con la expedición de los códigos de régimen departamental y municipal, se ha logrado en buena parte que las orientaciones sobre el régimen jurídico -incluyendo la personalidad- de la descentralización nacional, sirvan de orientadoras a nivel seccional (Decreto 1333 de 1986, artículos 156 a 165; Decreto 1222 de 1986, artículos 252 a 287). De igual manera, en los anteriores ordenamientos se reitera que tanto la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios, constituyen personas jurídicas (Decreto 1333 de 1986, artículo 4; Decreto 1222 de 1986, artículo 3).

18. Dromi, José Roberto. *Op. cit. supra* nota N°2; p. 12: "La personalidad jurídica del Estado surge directamente del ordenamiento constitucional..."

Nación o Estado

Consecuentes con lo anterior podemos anotar que en Colombia, de manera general, la personalidad jurídica la tiene el ente soberano nación; (Esto por cuanto se incurre en la inexactitud de considerar a un concepto sociológico como el de Nación, como persona jurídica. Lógico sería entender que la personalidad jurídica es propia del Estado, este sí de estirpe jurídica) pero que emanada de él, la ley se la ha concedido a algunos organismos de la estructura organizativa, en especial a la llamada rama ejecutiva o administrativa del poder público, por lo que sus actos -como forma de manifestación- son el producto de la actividad de personas reconocidas legalmente como personas jurídicas.

Conclusión

La idea fundamental de este primer capítulo es llegar a la conclusión de que los actos del Estado, son el resultado de la manifestación de las personas jurídicas de derecho público en ejercicio de sus funciones o de los simples órganos del Estado que, amparados en su personalidad jurídica, ejercen funciones administrativas, como puede ser el caso de los Ministerios, Departamentos Administrativos o de los órganos de control como la Procuraduría o las Contralorías, e incluso a nivel de otras funciones, como la Legislativa o la Judicial. Esta situación resulta clara, por ejemplo, en materia jurisdiccional, tratándose de la representación del órgano que posee la personalidad jurídica. El Código Contencioso Administrativo, sostiene y reitera que para ciertos órganos es la personalidad jurídica del Estado, la que los impulsa. Así, el decreto 01 de 1984 en el artículo 149 dice: "En los procesos contenciosos administrativos, la Nación... estará representada por el ministro, Jefe del Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Contralor, según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. Sin embargo, el ministro de Gobierno, representa la Nación en cuanto se relacione con el Congreso y el de Justicia en lo referente a la rama jurisdiccional. En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas, la tendrá el Director

General de Impuestos Nacionales, en lo de su competencia; o el funcionario que expidió el acto”.

Tratándose de los entes descentralizados territorialmente, sucede algo similar. La personalidad le es reconocida a los departamentos y municipios. Las actuaciones o hechos protagonizados por algunos de sus órganos como los Concejos, Asambleas, Contralores, Personeros, etc., no los vinculan individualmente, -salvo la responsabilidad personal de sus agentes-, porque la personalidad jurídica reposa en la entidad.

Se excluyen de esta afirmación aquellas actuaciones autónomas autorizadas por la ley para estos órganos que les permiten, dentro de los marcos de la descentralización o desconcentración, realizar determinadas actuaciones, tales como contratar, sancionar disciplinariamente o proferir determinados actos. En estos casos no se trata de un reconocimiento a su personalidad jurídica, la cual continúa en manos del órgano departamental o municipal, sino mecanismos utilizados por el Legislador para agilizar la administración pública.

Digamos que el derecho nacional considera, entre otras, como personas jurídicas de derecho público las siguientes: la nación, los departamentos, los municipios y distritos, las asociaciones de municipios, las áreas metropolitanas, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades entre entidades públicas, los organismos de segundo grado y las sociedades de economía mixta¹⁹. Algunas de las nuevas entidades territoriales, como los territorios indígenas, provincias y regiones están pendientes de su reconocimiento a través del acto legal que los desarrolle. Los distritos obtienen su personalidad jurídica, por vía de aplicación de las normas municipales previstas constitucionalmente.

19. Cfr., Rodríguez, Libardo. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 41.

CAPITULO SEGUNDO
CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Funciones estatales y acto administrativo	42
- Hechos administrativos	44
- Operación administrativa	46
- Vía de hecho	50
- Omisiones	52
2. Actos administrativos	53
- Antecedentes	53
- Criterios	55
- Concepto	59
- Teoría de la voluntad	59
- Teoría declaracionista o de la mera manifestación	62
- Teoría de Alessi. Acuerdo administrativo	64
- Teoría de Vedel. Decisión ejecutoria	66
- Otros conceptos	66
3. Elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo	69
- Sujetos del acto administrativo	69
- Sujeto activo	70
- La competencia	71
- La voluntad	74
- Sujeto pasivo	74
- Objeto del acto administrativo	75
- Motivo del acto administrativo	76
- Finalidad del acto administrativo	78
- Formalidades del acto administrativo	80
- El mérito en el acto administrativo	81

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO²⁰

SUMARIO: 1. **Funciones estatales y acto administrativo.** Hechos administrativos. Operación administrativa. Vía de hecho. Omisiones. 2. **Actos administrativos.** Antecedentes. Criterios. Concepto. Teoría de la voluntad. Teoría declaracionista o de la mera manifestación. Teoría de Alessi. Acuerdo administrativo. Teoría de Vedel. Decisión ejecutoria. Otros conceptos 3. **Elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo.** Sujetos del acto administrativo.

20. Vid, Acosta Romero, Miguel. "La unilateralidad del acto administrativo en el derecho mexicano", en *Revista de la Facultad de Derecho* de México, núm. 112, tomo XXX, UNAM, enero-abril de 1979, pp. 11-38; Alvarez-Gendin, Sabino. *Tratado de derecho administrativo*, Bosh Casa Editorial, tomo I, 1958, pp. 316-330. Alessi, Renato. *Op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 240-260. Brewer-Carías, Allan R. "Ley Orgánica del Procedimiento Administrativo y el Contencioso Administrativo", *Op. cit.*, *infra* nota 56, pp. 208 y 55. García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros. *Derecho administrativo*, Madrid, tomo II, EISA, 1968, pp. 6 y ss., Cassagne, Juan-Carlos. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 9-17, 48-65 y 145 y ss. Cretella Junior, José. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 55 y 124. Díez, Manuel María. "Actos administrativos", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, tomo I, pp. 327-355; *idem*, "Noción conceptual de acto administrativo", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, núms. 3-4, julio-diciembre de 1975, pp. 261-269; *idem*, "El acto administrativo en la Ley 19, 549", en *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus-Ultra, 1975, pp. 51 y 55; González Pérez, Jesús. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pp. 545 y ss. Gordillo, Agustín. *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, p. 51. Rodríguez Libardo. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 169-230. Sayaguez Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, tomo I, 1974, pp. 139 y ss. Tafur Galvis, Alvaro. "El concepto de acto administrativo en el nuevo Código", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, núm. 65, Universidad Pontificia Bolivariana, abril-junio de 1984, pp. 182 y ss., y "Evolución del concepto de acto administrativo", en *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, núm. 512, octubre-diciembre de 1980, pp. 5 y ss. Vedel, Georges. *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, S.A., 1980, pp. 139 y ss.

Sujeto activo. La competencia. La voluntad. Sujeto pasivo. Objeto del acto administrativo. Motivo del acto administrativo. Finalidad del acto administrativo. Formalidades del acto administrativo. El mérito en el acto administrativo.

1. FUNCIONES ESTATALES Y ACTO ADMINISTRATIVO

Concebido el Estado como una persona jurídica capaz de desarrollar funciones básicas, sean estas, legislativas, ejecutivas o administrativas, y judiciales^{20A}, a través de órganos y autoridades debidamente instituidas y sujetas a todo un ordenamiento de preceptos y normas, con controles y contrapesos prefijados, corresponde entonces determinar, en qué eventos de su devenir funcional se compromete el Estado a través de manifestaciones de voluntad creadoras de situaciones jurídicas, que podamos calificar de administrativas.

La primera observación ante este conflicto parece lógica, pues no todas las manifestaciones pueden ser calificadas de administrativas porque, orgánica o formalmente, la fuente de decisión pública reviste diferente naturaleza. Es decir, nos enfrentamos a instituciones que por su origen, atribuciones y funciones, están llamadas a producir pronunciamientos con fuerza de ley (Congreso), o decisiones judiciales (jueces y tribunales). Providencias éstas que de ninguna manera podemos atribuir, por lo menos de manera genérica, al ejercicio mismo de la administración o ejecución pública.

El criterio tradicional que acepta excepciones, ha sido el de atribuir la producción y ejecución de los llamados actos administrativos a los órganos que ejercen la función administrativa. Es decir, al poder ejecutivo en todas sus modalidades -criterio orgánico o formal- y por vía del contenido, de manera no general, a los otros poderes públicos -criterio material o sustancial-. Adicional a lo anterior, el positivismo kelseniano, que en lo administrativo encuentra respuesta en las

20A. Reinhold Zippelios. *Teoría General del Estado*; op. cit; supra nota No. 1. p. 101. "..... así pues, el Estado como persona jurídica, es un esquema de imputación. Este se divide en su estructura, en ámbitos de función, que son tareas delimitadas (oficia = deberes) y facultades de regulación (como las del Parlamento), que ejercen los titulares (in haber) de dichos ámbitos de función, por cuenta de la persona jurídica, a la que tales actos le son atribuidos constructivamente, en la forma descrita....".

elaboraciones de Adolfo Merkl, identifica la actividad administrativa como aquella sujeta de manera jerárquica, tanto a la Constitución como a la Ley. Se concreta esta actividad funcional del Estado, según Boquera Oliver, (Derecho Administrativo, Tomo 1 Madrid 1983). "...En la facultad de crear unilateralmente e imponer situaciones jurídicas cuya validez y eficacia descansa en la presunción *juris-tantum* de que son conformes con el ordenamiento jurídico...". Estas situaciones jurídicas, son las de menos fortaleza dentro del ordenamiento jurídico. Son, por así decirlo, las dependientes absolutas del contexto general del ordenamiento jurídico. En ellas recae la totalidad del peso del principio de la legalidad. Su desconocimiento implica la pérdida de fuerza ejecutoria. Su nulidad -criterio jerárquico-

Desde otro punto de vista, la actividad administrativa complementa el accionar legislativo y judicial. Ejecuta las decisiones de los jueces y cuerpos representativos y decide en muchos casos la dirección misma de las políticas y programas estatales.

Es por esto, como lo anota certeramente el profesor Alvarez-Gendin, "la función administrativa es una expresión compleja"²¹. Efectivamente, desde la óptica jurídica, por sus múltiples caracteres, la actividad de la administración adopta una variedad de exteriorizaciones que la vinculan o comprometen; figuras éstas que conocemos como actos, hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones, las cuales no son más que mecanismos de expresión voluntaria o involuntaria de la administración, regularmente, algunas con el fin de obligarse y otras de lograr efectos jurídicos en cumplimiento de los cometidos estatales asignados a la administración. A continuación expondremos los rasgos característicos de cada una de estas figuras para luego, con criterios definidos, proceder al estudio concreto del acto administrativo en sí.

21. Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit., supra*, p. 316.

Hechos administrativos

Son aquellos fenómenos, situaciones o acontecimientos con entidad propia, independientes de la voluntad de la administración, que producen efectos jurídicos respecto de ella. Cualquier acontecer producido por fenómenos físicos, por la interrelación entre naturaleza y hombre, (involuntario) o la sola intervención del hombre (involuntaria), es un hecho que adquirirá connotaciones jurídicas, si vincula a las entidades públicas o crea, como comúnmente se dice, relaciones jurídico-administrativas. Como lo señala Zanobi: "*...Non tutti gli avvenimenti hanno valore per il diritto, ma solo quelli qui il diritto stesso attribuisce qualche conseguenza giuridica*" ^{21A}.

En los hechos administrativos no es la voluntad de la administración el elemento determinante del mismo; el querer de la administración no actúa directamente. A pesar de que es la actividad administrativa el medio para la producción del hecho, es evidente que éste se produce, aunque no sea deseado²². Si bien es cierto que hacemos referencia a la voluntad de la administración como no determinante, la discusión se hace interesante cuando es la voluntad del sujeto intérprete de la voluntad estatal, la que protagoniza el acontecer que vincula a la administración. Como en el caso del soldado que resuelve, con el arma de dotación, quitarle la vida a su enemigo. O del alcalde que emite la orden de demoler un edificio sin el agotamiento de los procedimientos legales. En estos casos estamos ante evidentes operaciones administrativas que procesalmente reciben un tratamiento similar al hecho. Lo determinante del hecho, insisto, es la falta de voluntariedad tanto del sujeto como de la administración.

En consecuencia con lo expuesto, el criterio determinante para identificar un hecho es la voluntariedad que pueda existir por parte de

21A. Zanobini, Guido. *Corso di diritto Amministrativo*, vol. 1 p. 209. Regis Fernandes de Oliveira. Ato administrativo. Revista Editora dos Tribunais. 1980. São Paulo.

22. Cfr., Rodríguez, Libardo. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 169; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 14 de junio de 1961, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, Anales del Consejo de Estado, tomo LXIII, núms. 392 a 396, 1961, p. 147; Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit.*, p. 316.

la administración en su materialización. El Decreto 01 de 1984, que modificó el Código Contencioso Administrativo, acudía precisamente a los anteriores criterios cuando en su redacción original definía en el artículo 83, a los hechos administrativos como: “los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia”.

El concepto que hemos acogido encuentra sus bases en las elaboraciones jus-privatistas, especialmente las de derecho francés, las cuales fueron recogidas por nuestra jurisprudencia administrativa. No obstante, vale la pena resaltar que no estamos frente a un concepto de tratamiento uniforme en la doctrina. Para algunos autores esta se traduce en fenómenos similares a la operación, sin que para nada sea tenido en cuenta el elemento volutivo como determinante. En esta tónica encontramos a tratadistas como Dromi, para quien el hecho administrativo es, “...toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos...”. Para Dromi, la diferencia entre este fenómeno y el acto administrativo está dada, por la naturaleza de la actividad: mientras el hecho importa un hacer material, operación técnica o actuación física, el acto implica siempre una declaración intelectual de voluntad, de decisión, de cognición u opinión. El hecho, agrega Dromi, puede ser la ejecución de un acto o simplemente una operación material, sin decisión o acto previo. En este sentido el hecho administrativo pasa a ser un instituto similar a nuestra operación administrativa, tal y como lo estudiaremos más adelante^{22A}.

Esta tesis es igualmente sostenida por la doctrina brasileña. Seabra Fagundes, al identificar la institución la sitúa dentro del marco de materialización del derecho, en donde la totalidad de actuaciones del Estado, tendientes a poner en práctica los actos generales o especiales, estructuran los llamados hechos de la administración^{22B}. Para el

22A. Dromi, José Roberto. *Op. cit.*, *supra* nota No. 2, p. 270.

22B. Seabra Fagundes, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, Saraiba 1984; São Paulo.

derecho y doctrina italiana el concepto tiene otras connotaciones. Se trata de un término genérico, (*fatto*), dentro del cual se comprenden todos aquellos eventos o fenómenos que pueden producir efectos jurídicos. Trátese de la constitución, modificación y extinción de los mismos. Los hechos jurídicos pueden consistir en fenómenos naturales, (*fatti naturali*) o del comportamiento humano. (*fatti umani*). Tratándose del derecho administrativo la teoría del hecho constituye el punto de partida de la teoría del acto jurídico, sea este administrativo simplemente o negocio jurídico^{22C}.

Como se observa, al no existir uniformidad en la doctrina nos ha correspondido adoptar una de las tesis para estos efectos, y esta ha sido la tesis dominante en la dinámica misma del derecho colombiano. Esta es la llamada teoría de la voluntariedad del hecho, por parte de la administración. Respetamos las otras posiciones doctrinales mas no las compartimos, en la medida en que hemos desarrollado otros conceptos que las recogen: En el caso de la tesis de Dromi y Fagundes, el Derecho Nacional ha elaborado la tesis de la operación administrativa. En el caso del concepto italiano, nuestras bases se han edificado sobre la teoría general del acto o negocio jurídico, del cual indudablemente se han extraído los elementos esenciales del acto.

Operación administrativa

Fenómeno de trascendental importancia para la vida práctica del derecho, es éste, el de la operación administrativa; constituye el aspecto dinámico-práctico en la materialización de lo dispuesto en la ley o en el acto.

Tradicionalmente se ha considerado como operación administrativa aquel fenómeno jurídico que consiste en un conjunto de actuaciones administrativas tendientes a la ejecución de la decisión legal o administrativa como la reunión de una decisión de la administración con su ejecución práctica. Fenómeno al que naturalísticamente se le atribuye una sola identidad. En la operación, al igual que los demás

^{22C}. Guido Landi-Giuseppe Potenza. *Manuale Di Diritto Amministrativo: Op. cit. Supra* Nota No. 2. p. 198 y 199.

medios de actuación o manifestación de la administración, influye, en algún grado, la voluntad, en la medida que mediante ésta -voluntad- la administración da aplicación a lo preceptuado -derechos y obligaciones- por el acto y lo realiza en su totalidad haciéndole producir la plenitud de sus efectos, siendo indiferente que para tal efecto se acuda a procedimientos escritos, verbales o materiales.

Como claramente lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, la operación administrativa es generalmente un proceso de ejecución de la ley o de un acto administrativo. Mientras la norma organiza el derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación administrativa lo ejecuta. La operación resulta ser, consecuentemente, la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho, la cual está vinculada mediatamente a la ley, e inmediatamente a un acto de la administración²³.

La jurisprudencia colombiana clasifica en dos tipos las operaciones administrativas, partiendo de si el acto, al que se pretende dar cumplimiento, es expreso o tácito. De esta forma se conoce la operación dependiente de un acto escrito y la dependiente de un acto no escrito.

Acto escrito y operación: La decisión administrativa que le sirve de apoyo, aisladamente considerada, aplica el estatuto superior de derecho y establece una relación jurídica entre el Estado y los particulares afectados por ella. Una vez que ese acto se ha perfeccionado, queda amparado por una presunción de legalidad que engendra, para la administración pública, el privilegio de la ejecución oficiosa.

23. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 14 de junio de 1961, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, Anales del Consejo de Estado, tomo LXIII, núms. 392 a 396, 1961, pp. 147 y ss. Consejo de Estado, Sala de negocios generales, sentencia de febrero 3 de 1964, C.P. Guillermo González Charry. Anales del Consejo de Estado, núms. 405 y 406, tomo LXVIII, pp. 337 y ss. Respecto del concepto dijo la Corporación: "para distinguirla del simple acto escrito de la administración, se le señala como el conjunto de actos a cuyo través se cumple o se quiere cumplir voluntariamente una finalidad jurídica de servicio público y cuya causa inmediata es una decisión escrita u oral de la misma administración".

El ordenamiento es ejecutorio y oponible. Si la persona interesada lo acata, no habrá oportunidad a actuaciones ulteriores. Pero si hay renuencia a cumplir el mandato administrativo, el poder público podrá utilizar los procedimientos legales de compulsión escritos o verbales y realizar los actos materiales indispensables para ejecutar el ordenamiento. Este sistema de imposición unilateral y de actuación material es lo que constituye la operación administrativa. Los actos escritos o materiales que se realicen en el desarrollo de este proceso de ejecución carecen en realidad, de autonomía jurídica. Son la consecuencia necesaria de la decisión previa y están subordinados a ella.

Acto no escrito y operación: La Constitución y las leyes confieren al órgano Ejecutivo ciertos poderes jurídicos para actuar en las situaciones de emergencia pública. Esas circunstancias especiales imponen, en algunos casos, la necesidad de apelar a procedimientos rápidos y expeditos de decisión y ejecución. Ocasiones hay en que los ordenamientos serán necesariamente verbales, y materiales los sistemas para cumplirlos. Para efecto de aplicar los estatutos superiores en estas situaciones de urgencia, el Gobierno profiere actos administrativos de ejecución inmediata. La decisión no se escribe: se realiza. Pero el acto o sucesión de actos materiales de ejecución, no son más que la consecuencia forzosa y necesaria del ordenamiento verbal que los procede. No constituyen actos jurídicos autónomos e independientes, sino realizaciones materiales subordinadas a un mandato previo²⁴.

Es importante señalar, cómo a nivel doctrinal se presentan algunas dificultades terminológicas, respecto a lo que conocemos como operación administrativa la cual se identifica con el denominado

24. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 14 de junio de 1961, C.P. Carlos Gustavo Arrieta. Anales del Consejo de Estado, tomo. LXIII, núms. 392 a 296, 1961, pp. 147 y ss.

“acto complejo”. Sin embargo, entre nosotros el término tiene connotaciones totalmente diferentes. Precisamente, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado diferenciándolos detalladamente²⁵.

El régimen legal original de 1984 (Decreto 01) asimilaba -en nuestro concepto injustificadamente- las llamadas operaciones administrativas a los actos administrativos. Consideramos que contrariamente a lo expresado por el legislador, el fenómeno en su naturaleza intrínseca seguirá existiendo y surtiendo los efectos antes anotados; sin embargo, en las esferas del desarrollo procesal jurisdiccional su trato será similar al de los hechos administrativos según lo dispone el Art. 86 del Código Contencioso Administrativo, conforme a las modificaciones introducidas por el Decreto 2304 de 1989²⁶.

La doctrina italiana recoge el concepto de operación tal y como fue elaborada en el Derecho Francés. No obstante, no existe uniformidad sobre el concepto: “...il significato non è però univoco. Alcune di quelle che la legge chiama operazione sono dichiarazioni”. Para este sector de la doctrina, la operación es un fenómeno estrictamente voluntario que no se traduce en una declaración pero que se caracteriza porque está precedido de ella^{26A}.

25. Cfr., Consejo de Estado, Sala de negocios generales, sentencia de febrero 3 de 1964, C.P. Guillermo González Charry. Anales del Consejo de Estado, núms. 405 y 406, tomo LXVIII, pp. 337 y ss. Dijo la corporación sobre la diferencia entre operación administrativa y acto complejo: “En la jurisprudencia procesal colombiana, pues cuando la causa del daño es el primero -acto complejo-, debe enjuiciarse la totalidad de los actos que lo constituyen y decretar primeramente su nulidad como premisa indispensable de una reparación; mas si dicha causa es la operación, las exigencias procesales se satisfacen con la simple demanda de reparación, sin nulidad previa de ninguna especie”.

26. Esta asimilación de la operación administrativa al acto administrativo, ha provocado airadas reacciones en la doctrina nacional; nosotros consideramos que la mentada consideración no es más que un ejemplo de la pereza legislativa, la cual entorpece las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. El profesor Mario Madrid Malo G. (Código Contencioso Administrativo, Bogotá, Editorial Legis, 1985, p. 175), comentando el artículo 83 del Código, señala: “con notoria falta de técnica, en el artículo 83 del nuevo C.C.A., se equiparan al Acto Administrativo las nociones de operación administrativa... se trata de fenómenos que mal pueden confundirse”.

26A. Guido Landi-Guiseppa Potenza. *Manuale... Op.cit. supra* nota N°. 2. p. 207 y 208: “El ámbito de la operación administrativa en la administración moderna, es muy extenso: Se puede decir que cuantitativamente la mayor parte de la actividad de la administración consiste en operaciones...”.

Vía de hecho

Es ésta una institución jurídico-administrativa nacida como muchas otras del desarrollo jurisprudencial francés pero que en las aplicaciones que de sus fundamentos doctrinarios se ha establecido en nuestros países, ha sufrido cambios sustanciales y en algunos casos ha tomado direcciones opuestas a las originadas en su derecho materno. Inicialmente se entendió por vía de hecho, aquella figura que obtenía connotaciones jurídicas en el cumplimiento de determinadas actividades materiales de ejecución y que era utilizada por la administración pública, cometiendo irregularidades groseras que atentaban contra dos importantes derechos: el de propiedad y el de la libertad pública.

En consecuencia, el concepto de vía de hecho administrativo se ubica, por sus caracteres, en el ámbito de la ilegitimidad, producida esta por la irregularidad grosera, manifiesta y flagrante, que violenta los derechos de propiedad y de libertad pública; bien porque la administración no tenía poder para desarrollar la actividad material de ejecución o porque teniendo ese poder, utilizó procedimientos manifiestamente irregulares.

En derecho francés, la razón de las vías de hecho está dada en que las mismas, para efectos procesales, son consideradas como de competencia de la jurisdicción ordinaria. El argumento que se esgrime es, que las vías de hecho no son verdaderas actuaciones de la administración.

Contrariamente a los criterios jurisprudenciales franceses, en el derecho colombiano, la noción de vía de hecho tuvo consagración para determinar la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa (artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964; artículo 83 del Decreto 01 de 1984)²⁷.

27. Cfr., Rodríguez Libardo. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 170. Agrega este ilustre tratadista: "En Colombia se ha utilizado esta expresión de 'vías de hecho', tanto por la ley como por la jurisprudencia y la doctrina. Así, por ejemplo, el Decreto 518 de 1964, al establecer la competencia del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, en sus artículos 30 y 32, incluyó el concepto de vía de hecho como causal de responsabilidad de la

En Colombia sólo puede hablarse de vía de hecho en dos casos específicos en los que la doctrina y la jurisprudencia han dado pleno desarrollo. Uno, cuando la administración obra en ejercicio de un pretendido derecho que no tiene, caso en el cual debe entenderse que el derecho ejercitado no existe -falta absolutamente-, porque, de lo contrario, si hay, así sea un principio de poder, se estaría tipificando un claro exceso de poder. Otro, cuando en el ejercicio de un derecho que realmente se tiene, se actúa con ausencia total de procedimiento legal (al igual que el anterior la falta de procedimiento debe ser absoluta). En estos eventos se está ante una ausencia total de procedimiento y no ante una simple irregularidad procedimental.

Encuanto a lo que tenía que ver con la responsabilidad correspondiente a la administración frente al administrado, por la vía de hecho, se decía en la jurisprudencia nacional, que ésta sería responsable, con la sola demostración, de la grosera y violenta ilegalidad provocada por la administración, siempre y cuando el afectado demostrara que existía una evidente relación de causalidad, entre la vía de hecho y el daño causado²⁸.

administración... no se justifica hablar en Derecho Colombiano de vías de hecho, pues en el fondo esa figura en nuestro medio equivale a operaciones administrativas manifiestamente ilegales, o sea, en definitiva, a simples operaciones administrativas, pues en Colombia no tiene una consecuencia especial el hecho de que la ilegalidad sea 'simple o manifiesta' ". Cassagne, Juan Carlos. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 51 y 52, refiriéndose a la vía de hecho en la Argentina, dice: "la noción de 'vía de hecho' del régimen Argentino vigente en el orden Nacional es más amplia que la elaborada por el Consejo de Estado Francés... la Ley de Procedimientos Administrativos -Ley 19.549 modificada por la Ley 21.686- señala a título enunciativo dos supuestos de vía de hecho: a) el comportamiento material que sea lesivo a un derecho o garantía constitucional y b) la puesta en ejecución de un acto hallándose pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de normas expresas impliquen la suspensión de ejecutoriedad o que, habiéndose resuelto, no fuere modificado".

28. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 28 de octubre de 1976, publicada en Madrid. Malo, Mario. *Ob. cit.* pp. 176 y 177. Agregó la corporación en dicha sentencia, respecto de la vía de hecho y la operación administrativa, que: "como antítesis de la vía de hecho, aparece la operación administrativa como el ejercicio, por parte de la administración de un derecho que ha sido reglamentado en su provecho, o mejor teniéndola como destinataria y con el empleo del procedimiento legalmente señalado. Puede que haya exceso de poder, defectuosa aplicación del derecho que se ejerce o irregularidad en el procedimiento legalmente señalado y aplicado, sin que por ello deje de existir la operación administrativa, simplemente, habrá falla del servicio o de la administración y la responsabilidad será la común".

Finalmente, debemos indicar que al igual que las operaciones administrativas, el Decreto 01 de 1984 señalaba, en su artículo 83, que “las llamadas vías de hecho se considerarán, en adelante y para todos los efectos, actos administrativos”²⁹. El Decreto 2304 de 1989, desmontó el concepto de vía de hecho del Régimen Positivo, dejando que las situaciones fácticas que la constituían, configuraran otras manifestaciones de la administración más coherentes con su naturaleza, como por ejemplo las operaciones administrativas.

Omisiones

Las omisiones o conductas omisivas de la administración, son las abstenciones de la misma que la vinculan jurídicamente. En el derecho colombiano la naturaleza de la omisión depende del mayor o menor grado que la voluntad administrativa pueda influir en su estructuración. Si la omisión es producida con la intervención voluntaria del órgano administrativo, el tratamiento que se le otorga es el de un acto administrativo; por el contrario, si la voluntad no ha influido de modo directo e inmediato, la omisión se considera como un hecho administrativo. En el primero de los casos se configura el llamado silencio de la administración, positivo o negativo, el cual, desde el punto de vista de sus efectos se le da, por el Legislador, un tratamiento especial similar al del Acto Administrativo. La doctrina lo identifica como un acto presunto, sujeto a los mismos controles administrativos y jurisdiccionales que los del acto administrativo. El segundo, sería el hecho negativo que se sustenta en las mismas razones expresadas a propósito de los hechos en punto anterior. A este fenómeno jurídico hace referencia el Art. 86 del Código Contencioso Administrativo, al regular la acción de reparación directa. De todas maneras resulta claro, desde el punto de vista de la Constitución Política, que las omisiones comprometen no sólo la responsabilidad del Estado sino también la persona del funcionario que actúa a nombre de la Administración. Recordemos cómo el Art. 6 Constitucional, al definir el marco de la legalidad de la administración, la compromete, y la hace responder no sólo por sus acciones sino también por sus omisiones.

²⁹ Véanse las observaciones hechas en la nota 50, *infra*.

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS

Estudiados los mecanismos que con el acto administrativo constituyen los medios de actividad de la administración pública, corresponde que tengamos a continuación, el conocimiento específico y concreto de la estructura y conceptualización doctrinaria del acto administrativo; estudio que abordaremos, adoptando posturas operacionales, tendientes a la identificación plena de la institución para lograr un mayor beneficio sobre su eficacia y validez.

Antecedentes

El concepto genérico de acto jurídico tiene sus raíces en las elaboraciones de los teóricos iusprivativos francogermanos, quienes se fundaron principalmente en las exposiciones doctrinarias y filosóficas desarrolladas durante el siglo XVII por Kant y Fichte-Grundlagen des Naturrechts. La teoría del acto administrativo específicamente, resulta ser el desarrollo doctrinal especializado y autónomo del concepto genérico acto jurídico, el cual, nutrido con las ideas y experiencias de la revolución de 1789 -concretamente aquellas referidas a la necesidad de establecer linderos entre la justicia contenciosa administrativa y la justicia ordinaria-, era aplicado al ejercicio de la función administrativa, teniendo siempre presente que a ésta -función administrativa- no la orientaba el principio de la autonomía privada, sino, por el contrario, la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías al administrado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés, lo mismo que la de su tribunal de conflictos, tuvieron a su cargo las elaboraciones conceptuales de acto administrativo a partir de las decisiones proyectadas con el fin de determinar la competencia de los tribunales administrativos y la jurisdicción ordinaria, razones que han llevado a la afirmación de que algunos fundamentos del acto administrativo tienen sus orígenes en necesidades estrictamente adjetivas o procedimentales, pero que en la hora actual han adquirido relevancia sustancial y garantizadora de derechos fundamentales, para los asociados.

El profesor Garrido Falla, nos entrega, la que en su opinión es otra opción para el desarrollo del concepto de Acto Administrativo y ésta consiste en la incorporación, a la teórica de la administración, del llamado principio de la legalidad. Este postulado post-revolucionario es el que, "concede a ciertos actos de la administración la significación peculiar de Actos Administrativos...", calificación que se realiza "paradójicamente" para identificar aquellas actuaciones de la administración no sujetas al control de la justicia ordinaria -lo que en derecho germánico se llamó *In polizeisachen gilt keine Appellation*-. Esto se explica, "si se tiene en cuenta la interpretación que en el Continente Europeo se hizo del principio de separación de poderes...", lo cual se caracterizó por la desconfianza hacia el Poder Judicial, especialmente en lo referente a otorgarle el conocimiento de los asuntos administrativos. De aquí el nacimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa con la característica de retenida, ejercida por la propia administración³⁰.

Con anterioridad a la acuñación del término acto administrativo -*Ancien Régime*-, se acudía a otras expresiones con las que se intentaba un acercamiento, tales expresiones fueron: "actos del rey", "actos de la Corona", "actos del fisco". Sin embargo, con anterioridad a la revolución francesa, la teoría del acto administrativo era prácticamente desconocida. Antecedentes legislativos post-revolucionarios sobre el concepto de acto administrativo, se detectan en el Fructidor del año III, en el que se prohíbe a los tribunales judiciales el conocimiento de diversos actos de la administración. Posteriormente, por Ley de 2 Germinal del año V, se dijo que las operaciones del cuerpo administrativo y los actos de la administración eran todos aquellos

30. Cfr., Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, vol. I, 1970, p. 406: "...La teoría del acto administrativo nace ligada a la jurisdicción administrativa..."; puede consultarse, asimismo, Martín Retortillo, L. "Actos administrativos generales y reglamentos", en *Revista de administración pública*, núm. 40, enero-abril de 1963; pp. 235 y ss.: "...La técnica del acto era, pues, la solución histórica más adecuada para controlar jurídicamente a la administración, en unas circunstancias que en conjunto y en línea general eran adversas a ello...". Puede consultarse sobre el surgimiento de la justicia administrativa en Europa, y sus relaciones con el desarrollo del derecho administrativo, en especial con el acto administrativo, la interesante monografía del profesor brasileño, Eduardo Lobo Botelho Gualazzi; *justicia administrativa*, Editora Revista dos Tribunais; 1986; São Paulo.

que se realizan por orden del gobierno, de sus agentes inmediatos bajo su vigilancia y con fondos proporcionados por el Tesoro Público.

Agrega el tratadista Díez que: “es recién en el Repertorio de Merlin, que en 1812 publicó la 4a. Edición del Gullot, donde aparece por primera vez la voz Acto Administrativo, que se define como una decisión de la autoridad administrativa, una acción, un acto de administración que tiene relación con sus funciones”³¹.

No obstante la precariedad inicial, el anterior concepto ha adquirido, en los sistemas jurídicos modernos, especialmente en aquellos ceñidos por los principios del Estado de Derecho, connotaciones de columna vertebral del Derecho Administrativo. Y no sólo desde el punto de vista de la función misma, sino también del régimen de garantías que se desprende con su existencia. De ahí que se hayan desarrollado importantes criterios jurisprudenciales y doctrinales, con el fin de identificar la existencia de fenómenos que consistan en manifestaciones de voluntad, por parte de quienes ejercitan funciones administrativas.

Criterios

Encontrar con exactitud un criterio perfectamente válido, para determinar la presencia de un acto administrativo, es uno de los asuntos más polémicos y controvertibles de la jurisprudencia y la doctrina administrativista. Las condiciones legislativas, doctrinales y jurisprudenciales de los diversos sistemas de derecho, invitan a adoptar, tras un conocimiento amplio de la problemática, un criterio en el estricto sentido operacional y en lo posible, adecuado al ámbito nacional que nos interesa.

31. El subrayado es nuestro. Díez, Manuel María. *Op. cit.*, supra nota 20, pp. 327. Consúltese, igualmente, Escola, Héctor Jorge. *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975, p. 39: “... cuya génesis no ha sido posible determinar dónde tuvo lugar, al punto de que mientras Mayer atribuye su formulación más científica a Francia... Jellinek reivindica esta paternidad para la Doctrina Jurídica Alemana...” García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros, *Op. cit.*, supra nota 20, p. 6: “... de aquí que el Acto Administrativo como realidad de la Administración controlable jurídicamente, no puede haber obtenido existencia -como indica Mayer- antes de la Revolución Francesa. Cabe afirmar pues, que el Acto Jurídico Administrativo es un producto del Estado de Derecho, en general, y de la aplicación de la Doctrina de la división de poderes en particular...”.

Desde antaño, la doctrina ha desarrollado dos importantes criterios determinantes del acto administrativo: el formal u orgánico y el sustancial, más conocido como criterio material u objetivo. De acuerdo con el primero, serán actos administrativos: todos aquellos que conforme a elementos externos -formales- sean considerados como actos administrativos. En este orden de ideas, dichos elementos estarían determinados por factores tales como el órgano productor del acto, el procedimiento utilizado en su expedición y la forma que adopte el acto una vez producido.

De acuerdo con lo anterior, serían actos administrativos los dictados por los órganos administrativos, mediante los procedimientos indicados para la producción de actos administrativos y con los caracteres externos de cada uno de ellos³².

Desde el punto de vista material, serán actos administrativos todos aquellos que en razón a su contenido o sustancia, sean considerados como administrativos y sin importar las formas externas que puedan alterar su apariencia. Es decir, sin importar el órgano, procedimiento o caracteres adoptados en su materialización. En consecuencia, toda manifestación voluntaria de un órgano cualquiera del Estado que por su contenido sea considerado administrativo, será acto administrativo³³.

32. Cfr., Rodríguez Libardo. *Op. cit., supra* nota 1, pp. 175 y ss.; Díez, Manuel María. *Op. cit., supra* nota 20, p. 327; agrega este ilustre profesor que: "en el sentido formal se caracteriza el acto administrativo teniendo en cuenta la naturaleza del órgano del que emana y, por lo tanto, serán actos administrativos los que emanen de un órgano administrativo en el cumplimiento de sus funciones". Gordillo, Agustín. *Op. cit., supra* nota 20, p. 51. Fundamenta el doctor Gordillo el criterio formal en "el hecho de que los recursos contenciosos-administrativos se den en principio -y en las legislaciones actuales- sólo contra decisiones de órganos administrativos"; esto, en su parecer, ha hecho "que la doctrina adopte casi unánime el concepto de que acto administrativo es el emanado de un órgano administrativo... acto administrativo es el que dictan órganos administrativos y no otros órganos".

33. La función administrativa no es exclusiva del Poder Ejecutivo. Por regla general, la mentada función corresponde al órgano ejecutivo de poder público; sin embargo, en la práctica se producen excepciones a la anterior regla y es así como encontramos que los poderes Legislativo y Judicial desarrollan, aunque en un menor grado, funciones administrativas. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de octubre 22 de 1971, C.P. Lucrecio Jaramillo

Como lo indicábamos, la diversidad de criterios varía de acuerdo con las diferentes concepciones y cánones empleados por la doctrina en la elaboración de los mismos; es así como los criterios explicados se han complementado con otros, tales como el jurisdiccional y el jerárquico.

De acuerdo con el primero, se excluye del concepto de acto administrativo a todos aquellos actos que no son impugnables ante la jurisdicción contenciosa administrativa³⁴. En líneas generales, este criterio reforzaría el criterio formal ya enunciado, porque parte de un elemento accidental del acto como sería el de su control, el cual, por disposición legislativa puede recaer en la justicia ordinaria sin que ésta errónea asignación, pueda desvirtuar su carácter de administrativo. En este sentido la sentencia de octubre de 1971 continúa en plena vigencia³⁵.

Mediante el criterio jerárquico, se pretende indicar que acto administrativo es aquel que, respecto de la pirámide jurídica, debe respetar las normas constitucionales y legales, es decir, el situado a un tercer u otro nivel inferior del ordenamiento.

En nuestra opinión, el concepto de acto administrativo comprende varios caracteres de todos los criterios anteriormente expuestos, por

Vélez. Anales del Consejo de Estado, núms. 431-432, tomo LXXXI, segundo semestre, 1971, p. 443. Cfr., Rodríguez Libardo. *Op. cit.*, pp. 175 y ss.; Díez, Manuel María. p. 327. Agrega el distinguido maestro, refiriéndose al criterio material, que cuando estemos frente al mismo "habrá que referirse al contenido... y por ello sería acto administrativo, en sentido material, toda manifestación de voluntad de un órgano de Estado, sea éste administrativo, legislativo o judicial, con tal que la sustancia, el contenido del mismo, sea de carácter administrativo". Gordillo Agustín. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 52 y 56; este autor desarrolla en su obra dos criterios que en mi concepto no son más que aspectos del criterio material que hemos venido exponiendo; son ellos el sustancial u objetivo y el funcional: por el primero se entiende que "Acto Administrativo es todo Acto que tenga sustancia administrativa"; de acuerdo con el segundo. "Acto Administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano lo ejerce... la noción de Acto Administrativo se refiere a una especie de actos realizados en ejercicio de la función administrativa".

34. Cfr., Rodríguez, Libardo. *Op. cit.*, pp. 177 y ss.; Gordillo Agustín. *Op. cit.*, p. 50.

35. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de octubre 22 de 1971, C.P. Lucrecio Jaramillo Vélez, Anales del Consejo de Estado, núms. 431-432, tomo LXXXI, segundo semestre, 1971, p. 443.

cuanto pecaríamos de limitados por no aceptar, de manera ecléctica, que todos ellos no son más que componentes, en mayor o menor grado y de acuerdo con las circunstancias específicas, de un criterio polivalente.

Por lo anterior, acto administrativo sería aquel que comparte de los criterios formal y material; el que disfrute de elementos externos -órgano, procedimiento, forma- de acto y que, a la vez, tenga sustancia administrativa, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetivas o concretas, dentro de cualquier órgano del poder público.

En el derecho positivo colombiano (Decreto 01 de 1984), se adopta durante algún tiempo, el criterio anteriormente expuesto. De la relación jurídica formada por los artículos 82 y 83, se infiere que lo determinante en el acto, lo constituye la conjugación resultante del ejercicio de funciones administrativas por entidades públicas o privadas, sean estos órganos que por regla general desarrollan otras funciones, como la legislativa, la judicial, o la de control, como en los casos de la Procuraduría o la Contraloría. Indica precisamente el Art. 82 del C. C. A., conforme a la redacción del Art. 19 del Decreto 2304 de 1989, que "...la jurisdicción de lo contencioso administrativo, está intituida por la Constitución, para juzgar las controversias y litigios administrativos, originados en la actividad de las entidades públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas...". El Art. 83 reitera este concepto, cuando indica que "...la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juzga los actos administrativos... de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas...". Para la doctrina, esta expresión del legislador, implica la conjugación de los criterios formal y material en la determinación del acto administrativo³⁶.

³⁶ Cfr., Arrubla Paucar, Jaime. "El acto administrativo en el nuevo Código", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, núm. 66, Universidad Pontificia Bolivariana, julio-septiembre de 1984, p. 156; Tafur Galvis, Alvaro. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 183. "..... ahora el acto administrativo, no podrá entenderse como un acto jurídico de la administración pública, noción que nos queda corta, sino como aquel acto jurídico, en ejercicio de la función administrativa....".

Concepto

Otro de los aspectos dificultosos en la teoría general del acto administrativo, es el que se refiere a su conceptualización. Las teorías inspiradas por las diversas corrientes doctrinarias, han producido la más amplia y antagónica gama de interpretaciones del fenómeno jurídico que nos ocupa. Aunque el objeto de nuestro trabajo no es entrar en controversias inacabables, operacionalmente adoptaremos el criterio clásico, expuesto por la teoría voluntarista del acto, por considerarla la más amplia y explícita en el tratamiento de los elementos integrantes de esta principal modalidad de expresión de la función administrativa.

Teoría de la voluntad

En consecuencia, entendemos por acto administrativo toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares, tendiente a la producción de efectos jurídicos. Se caracteriza este concepto, por ser, no sólo de naturaleza voluntaria sino también decisoria. Es decir, con la capacidad suficiente para alterar el mundo jurídico. Si la manifestación de voluntad no decide, no es un acto administrativo. En este sentido se ha pronunciado de manera reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado: "...El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control, se requiere que el objeto sobre el cual actúa, constituya en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión que en el lenguaje del derecho comparado se denomina a veces providencia, otras veces resolución o decreto, pero cuyo elemento central, al lado de otros que integran su esencia, es la virtualidad de producir efectos en derecho. Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ya que ésta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión

jurídica, para como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho...^{36A}. Si la manifestación de quien ejerce funciones administrativas, no es decisoria, no está llamada a producir efectos en el mundo jurídico. Podría ser entonces un acto de la administración, pero no un acto administrativo y en consecuencia no es controlable.

La decisión no puede quedar en el interior de la administración. Para que el acto administrativo sea eficaz se requiere que la administración agote el proceso dirigido a su exteriorización con el fin de producir efectos en el mundo del derecho. No es indispensable que el acto aparezca escrito; sin embargo, la legislación podrá consagrar los casos en que debe exigirse esa formalidad. Inferimos, entonces, que el acto administrativo puede ser escrito o verbal, lo que no implica que éste pierda su condición de acto por ser verbal. El asunto adquiere relevancia tan sólo tratándose de los aspectos probatorios para efectos administrativos o jurisdiccionales.

Manifestación es sinónimo de declaración, exteriorización de la elaboración interior al mundo exterior, por los medios entendibles o las formalidades fijadas por la ley. La manifestación cumple la tarea publicitaria necesaria para lograr que los efectos queridos en el ordenamiento jurídico se realicen.

La voluntad constituye el querer, la intención, la actitud consciente y deseada que se forma en el órgano administrativo, de acuerdo con los elementos de juicio que le son aportados o que la administración recopila en el ejercicio de su función.

Cuando se habla de la voluntad administrativa en el órgano administrativo, no se está haciendo referencia doctrinaria a la clásica "autonomía de voluntad del acto jurídico privado", cuya concepción

36A. Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; sección IV; sentencia del 22 de enero de 1987; C.P. Hernán Guillermo Aldana Duque; exp. 549. En igual sentido, sentencia de agosto 5 de 1991, sección 1a. C.P. Yesid Rojas S. Exp. 1588: "...es elemento esencial el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Sólo entonces, dicho acto, se coloca en condiciones de ser susceptible de control jurisdiccional..." Sentencia de Dic. 18 de 1991; sección II; C.P. Alvaro Lecompte Luna Exp. 3936.

de claro carácter egoísta e individualista, resulta incompatible con las finalidades sociales y garantizadoras para el conglomerado; se habla de algo que busca la satisfacción de los intereses generales, con la manifestación de voluntad de la administración.

En nuestro concepto, detrás de cada manifestación y dentro de las condiciones que he expuesto, existe un mayor o menor grado de expresión voluntaria para producir un efecto.

La declaración debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizado por la administración o por quien haga sus veces, lo que nos indica que el ejercicio de otras funciones -legislativas, o judiciales-, así estén atribuidas a órganos que por naturaleza sean administrativos, no serán actos administrativos, y lo contrario, si la función administrativa es desarrollada por cualquiera de los otros órganos del poder público, tal y como ya lo hemos expuesto, producirán por excepción actos administrativos. Esto nos confirma nuevamente la tesis ecléctica propuesta, tratándose de los criterios determinantes del acto administrativo.

La declaración de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho y como efecto directo de su carácter decisorio.

Si una declaración no reúne los elementos conceptuales expuestos, no podemos calificarla de acto administrativo.

No obstante lo anterior, y siempre y cuando, se reúnan las condiciones, la legislación ha asimilado determinadas actividades administrativas a la condición de acto. Así es como, tratándose de la acción de nulidad, el artículo 84 Inc. final, del Código Contencioso Administrativo estipula que: "...también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro...". En los primeros, es decir, los actos de certificación siempre y cuando contengan mandatos generales, o decisiones de obligatorio cumplimiento y no meros conceptos de los expedidos conforme al

Art. 25 del Código Contencioso Administrativo. En los segundos, los de registro, porque no obstante su especialidad, son típicos actos administrativos, decisiones de la administración de crear una situación jurídica a partir de su anotación.

En líneas generales, podemos afirmar que el concepto de acto, en los términos explicados, ha sido aceptado por la jurisprudencia y la doctrina nacional colombianas ³⁷.

La teoría voluntarista del acto administrativo ha sufrido múltiples arremetidas por sectores de la doctrina que ven en ella un esquema incompleto, en cuanto niega proyección a diversas formas no voluntarias de manifestación administrativa, lo que en el concepto de los críticos, constituyen verdaderos actos administrativos.

Teoría declaracionista de la mera manifestación

Un primer grupo de expositores, que podríamos denominar defensores de la teoría "declaracionista" del acto administrativo, entre quienes distinguimos principalmente a los argentinos Juan Carlos Casagne y Agustín Gordillo, sostiene que el acto administrativo no es más que cualquiera de aquellas declaraciones de un órgano estadual, en cumplimiento de los cometidos encomendados a la función administrativa. Se observa que se proscribe cualquier referencia al elemento voluntad en la noción del acto.

37. Cfr., Rodríguez Libardo. *Op. cit.*, p. 77; Díez, Manuel María, *Op. cit.*, pp. 328 y 329; López-Nieto y Mallo Francisco. *El procedimiento administrativo*, Barcelona, José María Bosch, Editor, 1960, pp. 203 y 204. Álvarez-Cendín, Sabino. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 316-318; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de febrero 20 de 1968, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez, Anales del Consejo de Estado, núms. 417 y 418, tomo LXXIV, primer semestre de 1968, p. 133; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de septiembre 24 de 1971, C.P. Humberto Murcia Ballén, Anales del Consejo de Estado, núms. 431-432, tomo LXXXI, segundo semestre 1971, pp. 224 y ss.; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de diciembre de 1975. C.P. Alvaro Pérez Vives, Anales del Consejo de Estado, núms. 447-448, tomo LXXXIX, segundo semestre, 1975, pp. 307 y ss.; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, auto de diciembre 12 de 1976, C.P. Jorge Dávila Hernández, Anales del Consejo de Estado, núms. 451-452, tomo XCI, segundo semestre, 1976, pp. 476 y ss., entre otras.

El profesor Gordillo se configura como el tratadista más radical en su defensa de esta concepción de acto administrativo. A pesar de que le resulta, en su fundamentación, difícil desprenderse de la noción de voluntad y considera, refiriéndose al elemento voluntad, que:

“Este concepto es equivocado, dado que la voluntad se considera generalmente con sentido teleológico, con una indicación de ‘fin’ por lo que no se toma en consideración otros actos de la administración que producen efectos jurídicos frente a los administrados y que se rigen por los mismos principios que las manifestaciones de voluntad, sin estar a pesar de ello incluidos en dicho concepto”³⁸.

La noción de acto administrativo, en consecuencia, según aquel tratadista, no podría darse sobre conceptos *a priori*. Debe estar fundada en la experiencia y determinada por el “fin” perseguido el cual se pretende llenar con el acto administrativo. Tal razón lo lleva a proponer que el acto como una simple declaración es suficiente: “si se toma al término en el sentido de exteriorización del pensamiento; de extrinsecación de un proceso intelectual, comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento-atestación o certificación), opinión y juicio”³⁹.

Como se observa, el profesor Gordillo pretende fundamentar su teoría en la sofisticada distinción de manifestaciones de conocimiento y manifestaciones de voluntad, negando entidad a la teoría “voluntarista” y proponiendo la “manifestacionista”, en la medida que con aquélla se dejaría por fuera del concepto de acto administrativo a una gran cantidad de actos que de por sí no son sino simples “manifestaciones de conocimiento”. Para refutar toda esa meticulosa disertación doctrinal bastaría preguntarnos: ¿será o no voluntaria la manifestación de conocimiento que hace la administración en ejercicio de la función administrativa?

38. Gordillo, Agustín. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 60

39. *Ibidem*.

Por su parte, otro exponente de esta teoría, el profesor Juan Carlos Cassagne, resulta en menor grado sustancial, aunque entiende, de todas maneras, por acto administrativo: "Toda declaración de un órgano estatal, en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales, en forma directa, con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto"⁴⁰.

Reconoce Cassagne: "El acto administrativo pertenece a la categoría de los actos jurídicos voluntarios"⁴¹ y considera igualmente que el acto administrativo constituye una declaración, habida cuenta que traduce al mundo exterior un proceso de tipo intelectual, por oposición a los meros hechos administrativos, los cuales consisten en comportamientos materiales que implican una actividad física de la administración⁴².

La concepción "manifestacionista" carece de los sólidos fundamentos que le permitan desbordar las explicaciones de la teoría voluntarista.

Teoría de Alessi. Acuerdo administrativo

El profesor italiano Renato Alessi, apartándose de la concepción tradicional del acto administrativo, propone y desarrolla la teoría del "acuerdo administrativo", la que equivale a la "manifestación de un poder soberano que corresponde a una autoridad administrativa como tal, respecto a una realización en la que dicha autoridad es parte, para satisfacción de intereses públicos concretos confinados a la misma"⁴³.

Según Alessi, no es conveniente hacer una teoría unitaria del acto administrativo.

⁴⁰. Cassagne, Juan Carlos. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 62

⁴¹. *Idem*, p. 55.

⁴². *Idem*, p. 54.

⁴³. Alessi, Renato. *Op. cit.*, *supra* nota 14, p. 256.

“Es necesario, con el fin de construir una teoría orgánica que resulte útil, aislar una categoría homogénea de actos a los que pueda aplicarse el mayor número posible de principios, pero que sea suficientemente amplia para evitar excesivos fraccionamientos y que se presente como la más significativa e importante entre las distintas categorías de los actos administrativos, de manera que se pueda construir lo que podría ser una teoría principal entre las teorías parciales de los actos administrativos, de forma que las teorías menores que se refieren a categorías menores se presenten como meras teorías complementarias referidas a categorías meramente accesorias y complementarias de la actividad”⁴⁴.

De esta forma, Alessi llega a la conclusión de que la suma de todos los actos constituye lo que generalmente podría considerarse actos administrativos pero que tan sólo un sector de esos actos cumple las condiciones antes señaladas. Debe ser denominado acuerdo administrativo, -término que en estricto sentido es el acto administrativo entre nosotros-. La teoría del acuerdo administrativo contempla como elemento básico y esencial el de la voluntad del órgano encargado de generar el poder soberano, precisamente bajo la condición de que sea “la voluntad de ejercer un poder”⁴⁵.

El proceso de formación del acuerdo comprende un doble momento: “Por un lado el de la valoración compartida del interés a satisfacer y del medio idóneo; de otro lado, el momento de la volición, con respecto a la realización del interés valorado, mediante la adopción del medio elegido”⁴⁶.

En otras palabras, el acuerdo obedece formalmente a la estructura expuesta, sobre nuestra concepción del acto administrativo; se diferencia en la amplitud que, tanto en una como en la otra teoría, se otorga a lo que se entiende por acto o por acuerdo administrativo.

⁴⁴. *Idem*, p. 249.

⁴⁵. *Idem*, p. 252.

⁴⁶. *Idem*, p. 251.

Como complemento, observemos algunos conceptos doctrinales de acto administrativo, para conocer de esta manera, como ya lo decíamos, la diversidad de opiniones que se han expresado, desde el más variado punto de vista. En su mayoría, los criterios de la doctrina Alessi se encuadran de manera general en una u otra de las teorías antes explicadas.

Teoría de Vedel. Decisión ejecutoria

Para Vedel, la conocida teoría del acto administrativo se recoge en la por él denominada "decisión ejecutoria" y ésta sostiene que:

"Entre las prerrogativas de potestad pública de que dispone la administración, la más característica es, sin duda, la de poder adoptar decisiones ejecutorias, es decir, hacer nacer unilateralmente obligaciones y eventualmente, derechos en beneficio a cargo de terceros, sin el consentimiento de éstos... Las decisiones ejecutorias pertenecen a la categoría de los actos jurídicos; constituyen manifestaciones de voluntad a fin de producir efectos jurídicos..."⁴⁷.

Los conceptos anteriores llevan a la autora a definir el acto administrativo, como "una decisión ejecutoria de un acto jurídico emitida unilateralmente por la administración con el objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los Derechos que confiere..."⁴⁸.

Otros conceptos

Escola, mientras tanto, entiende por acto administrativo: "una declaración unilateral de voluntad de la Administración, que produce efectos jurídicos subjetivos...". Agrega, que de acuerdo con esto, "...quedan excluidos los reglamentos y los contratos administrativos, que no deben ser considerados actos administrativos"⁴⁹.

47. Vedel, Georges. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 139 y 140.

48. *Idem*, p. 146

49. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, p. 43.

Sayaguez Laso, por su parte, considera el acto administrativo como: "...La declaración unilateral de voluntad de la Administración que crea efectos jurídicos subjetivos..."⁵⁰.

García Oviedo y Martínez Useros definen el acto administrativo como: "...una declaración especial de voluntad de un órgano público, preferentemente de un órgano administrativo, encaminado a producir, pro vía de autoridad, un efecto de Derecho para la satisfacción de un interés administrativo..."⁵¹.

Cretella Junior, al definir el "acto administrativo", lo explica primeramente como "una especie de los actos jurídicos..." que contienen en su formación y expedición claros elementos de particularísimo origen que los hace diferentes de éstos. Los actos administrativos, agrega: "... Son producidos normalmente, por autoridades administrativas. Así, por excepción, pueden nacer de la iniciativa de autoridades públicas o de otros poderes y, excepcionalmente, en casos anormales, de personas privadas, que tienen por objeto materia administrativa..."⁵².

Concluye el profesor de la Universidad de São Paulo, que por acto administrativo debe entenderse: "Toda manifestación de voluntad del Estado, a través de sus representantes, en el ejercicio regular de sus funciones, o por cualquier persona que detente en sus manos, fracción de poder reconocida por el Estado, y que tenga por finalidad inmediata crear, reconocer, modificar, resguardar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, en materia administrativa"⁵³.

Entre nosotros, Tafur Galvis considera que el acto administrativo "es una declaración de voluntad que genera efectos en el ámbito del Derecho..."⁵⁴. Explica el profesor Tafur su concepción del acto administrativo indicando que: "... dentro de la teoría general del Derecho Administrativo, el acto administrativo siempre se ha tipificado como una decisión, inclusive se dice: Decidir es el verbo informador

50. Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 143.

51. García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 14.

52. Cretella Junior, José. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 127.

53. *Ibidem*.

54. Tafur Galvis, Alvaro. "Evolución...", *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 5.

del acto administrativo. Si no hay una decisión, una imposición de conducta de manera obligatoria no se estará, en principio, ante un acto administrativo. Esa decisión naturalmente que exterioriza un proceso de voluntad. Proceso de voluntad que en el ámbito del Derecho Público se dirige al ejercicio de la función administrativa y se dirige, en últimas, al cumplimiento de la voluntad estatal expresando en el ordenamiento jurídico...⁵⁵.

Por último, incluimos las siempre interesantísimas reflexiones sobre acto administrativo del profesor Brewer-Carías, que, como él mismo lo señala, son el producto de un largo proceso evolutivo. Acto administrativo, indica el autor:

“Es toda manifestación de voluntad de carácter sub-legal realizada por los órganos del poder ejecutivo, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; por los órganos del poder legislativo, actuando en ejercicio de la función administrativa y de carácter sub-legal, por los órganos del poder judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa, con el objeto de producir efectos jurídicos determinados que pueden ser o la creación de una situación jurídica individual o general o la aplicación a un sujeto de Derecho en una situación jurídica general...⁵⁶.

El ilustre profesor venezolano fundamenta su conceptualización, en el hecho de que la noción de acto administrativo “sólo puede resultar de una combinación de criterios orgánico, formal y material y nunca puede condicionarse al cumplimiento de una función específica del Estado...”⁵⁷.

55. Tafur Galvis, Alvaro. “El concepto de acto administrativo...”, *Op. cit.*, supra nota 20, p. 186.

56. Brewer-Carías, Allan R., “Ley Orgánica del Procedimiento Administrativo y el Contencioso Administrativo”, en *El procedimiento administrativo, archivo de derecho público y ciencia de la administración*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, vol. IV, 1980, 1981, p. 209; igualmente puede estudiarse la definición de este autor en: “El recurso contencioso-administrativo contra los actos de efectos individuales. Los vicios administrativos”, en *Actas procesales del derecho vivo*, Frañuica, Caracas, Cuadernos latinoamericanos del derecho en acción, núm. 5, 67/69, abril de 1977, p. 84.

57. Brewer-Carías, Allan R., “Ley Orgánica...”, *Op. cit.*, p. 208, y “El Recurso...”, *Op. cit.*, p. 82; en donde agrega: “Ante todo debo señalar que, en mi criterio, no es posible utilizar un criterio único para definir el Acto Administrativo. La heterogeneidad de sus formas y contenido lo demuestra y exige...”.

3. ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Para que el acto administrativo exista jurídicamente y se le tenga por válido, debe concurrir una serie de elementos esenciales, que en su conjunto constituyen sus piezas impulsoras. Cualquier falla o mal funcionamiento de esta estructura, provoca la materialización de vicios descalificadores del acto, en la medida que pueden afectar su validez. Por esto, podemos afirmar que en el ámbito de los elementos esenciales, se configuran las enfermedades del acto, de ahí que su conocimiento posibilite un pronto diagnóstico del padecimiento de la manifestación administrativa^{57A}.

Teóricamente podemos agrupar los elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo en tres importantes sectores. Uno, el de los referentes a los elementos externos del acto, entre los que tenemos el sujeto activo, con sus caracteres connaturales de competencia y voluntad, los sujetos pasivos y las propiamente conocidas como formalidades del acto. En segundo lugar, el sector de los referentes a los elementos internos del acto, que no pueden ser otros que el objeto, los motivos y la finalidad del mismo. Y en tercer lugar, el mérito u oportunidad en la producción del acto, que si bien no vicia la legalidad del mismo, como los dos anteriores, sí constituye importante argumento en la vida práctica del acto administrativo. Desarrollaremos a continuación cada uno de ellos:

Sujetos del acto administrativo

En toda relación de actuación administrativa y de ejecutoriedad de un acto administrativo, intervienen en mayor o menor grado, según las circunstancias y modalidades, dos sujetos de derecho: la administración o quien cumpla funciones administrativas, y la persona u órgano a quien van dirigidas las estipulaciones jurídicas contenidas en la manifestación de la autoridad administrativa.

57A. Cavalcanti, Themístocles Brandao. *Op.cit. supra* nota No. 2 p. 62 "... entendemos que los elementos de los actos administrativos son los mismos de los actos jurídicos en general, apenas con las peculiaridades propias a la naturaleza de la actividad administrativa. Así ocurre con la forma de manifestación de la voluntad, la declaración de los motivos, la determinación de las causas, la definición de competencias, y las exigencias formales para la validez del acto..."

El acto administrativo es, como lo hemos visto, una manifestación de decisión, es decir, que tan sólo interviene en su construcción la voluntad de la administración, imponiéndose ésta incluso contra el querer del sujeto pasivo del mandato administrativo. Desde este punto de vista, encontraremos que al primero de los sujetos intervinientes en el contexto del acto administrativo, lo podríamos llamar sujeto activo, y al segundo: sujeto pasivo.

Sujeto activo

El sujeto activo es el creador del acto administrativo. Corresponde esta calificación al órgano del Estado, o al sujeto revestido de funciones administrativas y que manifiesta contenidos aptos para modificar o extinguir el mundo jurídico el cual está bajo su competencia. Lo denominamos activo en la medida en que en el ejercicio de sus facultades profiere y posiblemente ejecuta el llamado acto administrativo⁵⁸.

Las personas jurídicamente capacitadas para ser sujetos activos en la función administrativa, pueden ser o no de derecho público. Los adelantos suscitados en el cumplimiento eficiente de los servicios estatales ha provocado que organismos particulares, de naturaleza iusprivatista, ejerciten inigualables funciones administrativas. En el derecho colombiano, según el Decreto 01 de 1984, en su artículo 1, se acepta la anterior hipótesis, ordenando que en tales eventos dichas "autoridades" deberán adecuar sus comportamientos a las normas reguladoras de las actuaciones administrativas. El principio se reitera en los artículos 82 y 83 del mismo código y en los contenidos mismos de la Constitución de 1991, en especial el Art. 123 Inc. 3.

⁵⁸. Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1986; p. 267. "... El sujeto del Acto Administrativo es el órgano de la administración que lo realiza. En su carácter de Acto Jurídico, el Acto Administrativo exige ser realizado por quien tiene aptitud legal... ". González Pérez, Jesús. *El procedimiento administrativo*, Madrid, Ed. Abella, 1964, pp. 191 y ss. Fernández de Oliveira, Regis. *Op.cit*; *supra* nota núm.. 21A p. 52.

El profesor Miguel González Rodríguez ejemplariza los casos en que los particulares cumplen claras funciones administrativas, indicando que entre ellas tenemos -por lo menos en derecho colombiano- las cámaras de comercio, las asociaciones de usuarios, algunas sociedades de economía mixta con capital estatal minoritario, etcétera⁵⁹.

Por tratarse, como lo hemos dicho, de organismos a los que se les ha atribuido personalidad, “carecen de una entidad orgánica natural” para el cumplimiento de sus atribuciones. Razón ésta que hace que se tengan que valer de personas físicas -funcionarios- para que realicen las actividades imputables a ellos⁶⁰.

Del sujeto activo del acto administrativo, y en razón de su personalidad, se deben predicar dos importantes elementos que lo caracterizan, otorgándole sus especiales connotaciones de sujeto del derecho público. Estos elementos son la competencia y la voluntad.

La competencia

Tratándose de la función administrativa, la competencia de los órganos para proferir y ejecutar los actos administrativos, es sinónimo de capacidad, en cuanto aquélla es la aptitud que otorga la Constitución, la ley o el reglamento al ente administrativo, para que éste manifieste y ejecute válidamente su voluntad. Señala precisamente el profesor

59 Cfr., González Rodríguez, Miguel. *Derecho procesal administrativo*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1984, p. 6; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de septiembre 24 de 1971, C.P. Humberto Murcia Ballén, Anales del Consejo de Estado, núms. 431-432, tomo LXXXI, año XLVII, segundo semestre, p. 224; respecto del sujeto activo sostuvo la corporación que ellos podrían ser: “Personas u órganos distintos de la administración, si actúan en función administrativa”.

60. González Pérez, Jesús. *El procedimiento...*, op. cit., p. 191. El reclutamiento de personal adecuado para la eficacia de los órganos administrativos ha llevado a la doctrina a plantear la teoría del “The Right Man for the Right Place”, consistente en que cada funcionario o clases de funcionarios deben ocupar el puesto o puestos de la organización más adecuada a la función para que han sido reclutados. Véase, Carro Martínez, Alberto. “La organización de la administración española y el artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo”, en González Navarro, Francisco. *El procedimiento administrativo español en la doctrina científica*, Madrid, Antología de textos, 1958-1970, boletín oficial del Estado; 1972, pp. 207 y 208.

brasileño Themistocles Brandao Cavalcanti, que "...la capacidad para la práctica del acto administrativo, se traduce también en el derecho administrativo en términos de competencia... será así capaz, la autoridad que tiene competencia para el ejercicio de un asunto, siendo en consecuencia nulo el acto proferido por aquella que no tenga competencia, por lo tanto que carezca de capacidad legal para la práctica del acto... es por lo tanto capaz aquella autoridad que ha sido investida legalmente, para la práctica de un acto o el ejercicio de una función..."^{60A}.

La competencia se mide por la cantidad de poder depositado en un órgano y su posibilidad de realizar el acto administrativo. Por tanto, no es absoluta; debe en todos los casos aparecer cierta y limitada, de manera que facilite al funcionario su ejercicio y garantice al administrado la seguridad requerida para salvaguardar su vida, honra y bienes.

De lo anterior resulta fácil inferir que las normas determinantes de la competencia, deben ser cronológicamente anteriores al acto administrativo que se pretenda ejecutar; de lo contrario, la legalidad del proceso administrativo, (debido proceso Art. 29 Constitucional) resultaría violentada, atropellándose a los administrados, lo mismo al orden jurídico institucional.

El acto administrativo es válido, cuando el órgano que ejerce las funciones administrativas actúa dentro de los linderos de la competencia asignada. La determinación del grado de competencia que corresponde a cada organismo, como lo advertimos, corresponde al derecho positivo; sin embargo, existen importantes criterios doctrinales que permiten delimitar con precisión el ámbito del poder o la capacidad de actuación de un ente administrativo: son los conocidos como los determinantes de la competencia en razón del grado, materia, territorio y tiempo⁶¹. La primera determinante es

^{60A}. Calvacanti, Themístocles Brandao. *Op.cit.*, *supra* nota No. 2. pp. 66 y 67. Fernández de Oliveira, Regis. *Op.cit.*, *supra* nota No. 21A. p. 53.

⁶¹. Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, auto de marzo 9 de 1971, C.P. Lucrecio Jaramillo Vélez, Anales del Consejo de Estado, núms. 429-430, tomo LXXX,

aquella que corresponde a un órgano de la administración pública en razón al lugar que ocupa dentro de la estructura de la administración; corresponde al grado jerárquico administrativo de la autoridad. La segunda determinante corresponde a la clase o tipo de funciones que de acuerdo con las normas superiores o legales debe cumplir la entidad. La tercera se refiere al ámbito espacial dentro del cual el órgano administrativo puede ejercer las funciones que le corresponden. La última determinante corresponde a las oportunidades temporales que tiene un organismo administrativo para proferir determinados actos^{61A}.

La competencia reviste algunas otras características especiales: tales como que debe ser expresa, irrenunciable, improrrogable, o indelegable. No puede ser negociable por la administración. Es estricta, en cuanto emana del orden impuesto por el poder constituyente y legal^{61B}.

Lo anterior nos permite concluir que la competencia, resulta connatural al principio de la legalidad -véase capítulo quinto- en materia del derecho administrativo, pues ella determina las obligaciones, derechos y facultades a los que la administración se encuentra invariablemente ligada y constituye el sendero o cauce del actuar administrativo.

primer semestre 1971, p. 367; dijo la corporación: "1. Órgano competente: El acto debe emanar de la administración, es decir, de un órgano estatal que actúe en función administrativa, además, el órgano de la administración debe actuar dentro del límite de su competencia". Consúltese, asimismo, Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, pp. 44 y 83. "...La competencia de un órgano administrativo surge de la ley... se halla encuadrada y limitada por esas mismas normas legales... es improrrogable; no debe ser delegada o sustituida en favor de otro órgano administrativo distinto, sino cuando la misma ley autoriza... surge en razón del grado, de la materia, del territorio o del tiempo". García Trevijano Fos, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, tomo I, 1968, pp. 534 y ss.; clasifica este autor la competencia según la materia, el lugar, el grado, el tiempo, la necesidad y la eventualidad, internidad o externidad, de la competencia personal, de la competencia conjunta o alternativa; de la competencia casuística y genérica y especial, exclusiva y excluyente, concurrente (tomo II, pp. 386 y ss).

61A. Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo; Op.cit.; supra* nota No. 2; pp. 165 y ss.

61B. Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo; Op.cit.; supra* nota No. 2; pp. 164 y 165.

No obstante esta aparente claridad, son muchas las dificultades prácticas en cuanto a la competencia. Incluso son numerosos los problemas inter-administrativos para su definición. De aquí que el legislador hubiere instituido en los Art. 33 y 88 del C. C. A., actuaciones administrativas y jurisdiccionales, a través de las cuales se pueden resolver conflictos de competencia entre autoridades administrativas.

La voluntad

Sobre el aspecto volitivo del acto administrativo, ya nos hemos referido extensamente en el presente capítulo, y lo haremos igualmente en el tercero, al explicar los aspectos subjetivos en la formación del acto. Podemos anotar, no obstante, que su inclusión como elemento del acto administrativo ha sido controvertida por algún sector de la doctrina⁶². Susteóricos detractores la consideran como un presupuesto obvio, *sine qua non* para la existencia del acto, mas no uno de sus elementos; "la voluntad es un proceso anterior al acto", agregan. En nuestro concepto, ubicándola lógicamente donde debe estar y predicarse, es decir, en el órgano administrativo, no nos queda más que refutar la anterior tesis y considerar a la voluntad como uno de los principalísimos elementos del acto administrativo. Entendiendo siempre que se trata de la voluntad de la administración y no de quien ejerce la vocería del Estado. Los sujetos naturales son simples intérpretes de la voluntad potencial expuesta por el Constituyente en la norma positiva. Desde este punto de vista, propondría la siguiente tesis: la de una voluntad del intérprete, persona natural, al servicio de la objetiva voluntad de la administración. La conjunción de las dos voluntades, permite identificar todo un proceso subjetivo de materialización de la voluntad efectiva de la administración.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es aquel sobre quien recae los efectos del acto y quien en consecuencia ve alteradas las relaciones jurídicas que lo vinculaban

⁶². Cfr., entre otros, Gallo de Pomponé, Celia E. "La voluntad en el acto administrativo", en *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1975, p. 58; Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, pp. 48 y 49.

con la administración. Puede recaer este calificativo en una persona nacional o extranjera, natural o jurídica, de derecho público o privado, incluso, en la misma administración, tratándose de las relaciones interadministrativas.

Lo anterior, de ninguna manera implica que estemos aceptando una posible formación bilateral del acto administrativo, negando de plano nuestra teoría del carácter estrictamente unilateral del acto administrativo. Simplemente estamos haciendo notar que la proyección de la exteriorización del acto, recae necesariamente sobre un algo que identificamos precisamente como el sujeto pasivo⁶³.

Objeto del acto administrativo

El objeto consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto, pero materializado fuera de él. Se puede entender, asimismo, como el mundo jurídico a modificarse o alterarse en la ejecución del acto administrativo. El objeto está constituido por todo aquello de que se ocupa el acto administrativo jurídicamente. Como ilustra Tafur, el objeto es precisamente lo que se decide en el acto, es el contenido del acto que debe corresponder, en su materialidad, precisamente a la función administrativa, no a otra naturaleza, bien sea de otras funciones del Estado o de actividades propias de las personas jurídicas⁶⁴. Con todo lo anterior, sin embargo, la doctrina

⁶³. Se puede analizar profundamente este carácter unilateral del acto en Díez, Manuel María. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 51 y 52; del mismo autor, "Noción conceptual...", *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 265-267; Acosto Romero, Miguel. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 22 y ss.

⁶⁴. Cfr., Tafur Galvis, Alvaro. "El concepto...", *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 188; Cretella Junior, José. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 182, é o efeito prático que, na órbita administrativa, o sujeito pretende alcançar a través de sua ação direta ou indireta é a própria substância do ato, seu conteúdo...". Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Op. cit.* *supra* nota no. 2 "... el objeto es la cosa o hecho a ser prestado, es como decíamos, en propio contenido de la obligación, el derecho creado por el acto administrativo...." La doctrina italiana diferencia entre objeto y contenido, mientras el primero consiste en la actividad o la cosa respecto de la cual se dispone jurídicamente, el contenido es todo aquello que la administración dispone, ordena, permite o certifica. Véase a este respecto, Guido Landi y Giuseppe Potenza. *Op. cit.*, *supra* nota No. 2 pag. 224.

tradicionalmente ha diferenciado el objeto del llamado contenido del acto, considerando a este último como un elemento autónomo⁶⁵. En nuestro concepto, se trata de elementos complementarios, coadyuvantes y estrechamente vinculados. Mientras el primero consiste en el efecto que se persigue, el segundo sería la materia en la que se estructura el acto. Como se observa, esta distinción no hace más que resaltar aspectos de un mismo concepto: el del objeto del acto administrativo. El objeto debe ser lícito, posible y existente.

Se infiere fácilmente -no obstante la relación y coordinación existente entre todos los elementos del acto administrativo- que el objeto se halla íntimamente ligado a la competencia que tiene atribuida el órgano administrativo; se relaciona con ésta precisamente porque es la que determina el campo de acción de las autoridades; sobre lo que pueden válidamente ocuparse las autoridades⁶⁶.

Motivo del acto administrativo

El motivo hace referencia a la comúnmente conocida teoría de la causa, la cual, más que un problema jurídico, se convierte en una extensa discrepancia filosófica. Sin embargo, para exponer una idea sobre ella, podríamos entenderla como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo.

En el anterior sentido, la máxima corporación contencioso administrativa se ha pronunciado, sosteniendo, certeramente, que la administración pública no puede actuar sin senderos orientadores que le permitan, con la claridad del derecho, proferir los actos administrativos. Debe observar el órgano competente las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso, distinguiendo de todas formas las actividades regladas, de las discrecionales, por cuanto en aquéllas, las mentadas circunstancias

⁶⁵. Cfr., Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota, p. 444.

⁶⁶. Consúltese en este sentido, Caldera Delgado, Hugo. "El control de la desviación de fin en el acto administrativo", en *Revista de Derecho*, Concepción, núm. 165, Universidad de Concepción, enero-diciembre de 1977, p. 156.

están por lo general determinadas de antemano por normas de obligatorio cumplimiento; mientras en éstas, la administración goza de un margen de acción para decidir.

Las circunstancias de hecho o de derecho, que provocan la emisión de un acto administrativo, constituyen la causa o motivo del acto administrativo⁶⁷.

Estudiar los motivos del acto, como señala Josserand, no es más que "...penetrar hasta la esencia misma del Derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos: ...ya que los móviles no son otra cosa, ...sino los resortes de la voluntad, la cual, a su vez da vida al Derecho..."⁶⁸.

A diferencia de los motivos en las actividades de los particulares, en los órganos públicos que actúan de acuerdo con expresas directivas, superiores o legales, los fundamentos de la actuación de éstos no pueden ser otros que las circunstancias de hecho o de derecho que se deriven precisamente de los asuntos de su competencia. Estas circunstancias son las que deben estructurar la decisión administrativa.

El uruguayo Alberto Ramón Leal prefiere referirse a este elemento como el de la "fundamentación", en razón a que hay que darle al concepto "toda la amplitud que tiene en la realidad jurídica, que va más allá de los llamados motivos... el alcance del concepto fundamentación es amplio y abarca, según Caetano, los motivos en sentido muy amplio; 'las razones por las que el órgano administrativo tomó cierta decisión y pueden consistir en fundamentos de Derecho o en Hechos' "⁶⁹.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, auto de marzo 9 de 1971, C.P. Lucrecio Jaramillo Vélez, Anales del Consejo de Estado, núms. 429-430, tomo LXXX, primer semestre 1971, p. 367. Antonio Carlos de Araújo, Cintra: Motivo e motivacao do ato administrativo. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1979.

⁶⁸ Cfr., Josserand, Louis. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, Puebla, México, Editorial José M. Cajicá, 1946, p. 9; asimismo, pueden consultarse en la página 19 las explicaciones que hace el autor a los móviles en el derecho administrativo.

⁶⁹ Cfr., Leal, Alberto Ramón. "La fundamentación del acto administrativo", *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, Bogotá, núm. 522, mayo-julio de 1983, pp. 7 y 8.

El Derecho Positivo colombiano, obliga a la motivación del acto, sea éste reglado o discrecional. En este último caso, porque se parte de la idea de que lo discrecional, debe necesariamente tener una base legal. Dentro de la primera clase de actos, es decir, los reglados, la motivación puede ser simplemente formal o indicativa de la fuente que da origen a la actuación; o sustancial, cuando se indica de manera sumaria, las relaciones y justificaciones entre las normas que rigen el acto y las razones fácticas que llevan a su expedición. Esto es, porque hay actos, sobre todo los de carácter general, cuya razón está dada generalmente por el simple ejercicio de una norma de competencia. En otras oportunidades, por el contrario, se está determinando o contravirtiendo derechos subjetivos, por esta razón su motivación debe ser esencialmente enunciativa de los argumentos utilizados por la administración.

En el anterior sentido se pronuncia el Art. 35 del C. C. A., cuando indica que "...habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria, si afecta a particulares. En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite...".

Tratándose de los actos discrecionales, el Art. 36 del mismo Código, en la creencia de que la discrecionalidad no puede ser sinónimo de arbitrariedad, o ilegalidad, obliga a expresar las razones de su expedición. La disposición indica lo siguiente: "...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...".

Finalidad del acto administrativo

Todo acto administrativo debe perseguir un fin determinado, lo que implica que, al dictarse, debe procurar hacerse con la orientación indicada para lograr el fin propuesto; esta orientación se alcanza en la medida que se observen una serie de reglas que el Consejo de Estado, siguiendo la doctrina tradicional, ha expuesto de la siguiente manera:

a) El agente administrativo no puede perseguir sino un fin de interés general, b) El agente público no debe seguir una finalidad en oposición a la ley, c) No basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto, d) Pero siendo aún lícito el fin, de interés público, y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de actos que la ley ha establecido al efecto⁷⁰.

La actividad de la administración es eminentemente teológica. Esta característica se observa en el elemento conocido doctrinalmente como la "finalidad del acto". Si en el objeto encontramos el contenido sobre el que actúa la administración; en los motivos, los antecedentes de hecho o de derecho que estimulan la actuación de las autoridades; en el fin, encontramos las metas que debe lograr la administración pública con su actividad. Estas metas no pueden ser otras que la satisfacción de los intereses públicos.

En efecto, señala Escola: "los órganos de la administración deben cumplir sus actividades procurando alcanzar ciertos objetivos que, cualesquiera que sean, siempre habrán de estar de acuerdo con el interés público..."⁷¹.

Este elemento finalístico del acto administrativo, encuentra sus bases en el texto mismo de la Constitución, cuando le indica a los servidores públicos y a quienes ejercitan sus funciones, que las actuaciones y decisiones estatales deben estar regidas por el interés general, respecto del estrictamente personal y que en la materialización de sus competencias, el Estado tiene un sendero prefijado de beneficio común. Los arts. 2, 123 Inc. 2 y 209 Constitucionales, enmarcan esta relación sistemática.

El artículo 123 Inc. 2, nos enseña que los "...servidores públicos, están al servicio del Estado y de la comunidad...". El 209, por su parte, señala

70. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de noviembre 25 de 1971, C.P. Eduardo Aguilar Vélez, Anales del Consejo de Estado, núms. 431-432, tomo LXXXI, segundo semestre de 1971, p. 130.

71. Cfr., Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, p. 55.



como uno de los principios rectores de la función administrativa, el del "... interés general...". El Art. 2o. Constitucional, comprendiendo todo lo anterior, va mucho más allá y define con precisión el ámbito teleológico del Estado, determinando las pautas y conceptos que deben ordenar cualquier decisión pública: "...son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...".

Formalidades del acto administrativo

La doctrina y la jurisprudencia, tradicionalmente han venido distinguiendo los conceptos de procedimiento, forma y formalidad. Mediante el primero entienden las de vías de producción del acto administrativo, las cuales estarían integradas por el conjunto de trámites legales para llegar al producto final -acto-. Con el segundo concepto distinguen el modo o manera en que la voluntad se manifiesta para dar vida al acto administrativo. Y, con el tercero, definen el conjunto de requisitos que han de observarse para dictar el acto: requisitos que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto administrativo.

Como se observa, los tres fenómenos descritos, independientemente, caracterizan aspectos difícilmente separables; pero que en conjunto, en nuestro concepto, integran el procedimiento de la actuación administrativa, que en sí no es más que el compendio de formas y formalidades para llegar al acto administrativo⁷².

⁷² Confróntese, entre otros, a López-Nieto y Mallo Francisco. *Op. cit.*, *supra* nota 37, p. 207, y Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, auto de marzo 9 de 1971,

Tradicionalmente y tal como se expresará en su oportunidad, las formalidades han sido clasificadas en sustanciales y meramente accidentales. Las primeras, son aquellas que de estructurarse, vician el acto administrativo. Las segundas, son aquellas que no tienen poder suficiente para perturbar la legalidad del acto.

Tratándose de las formalidades, o procedimiento administrativo, la doctrina nos enseña su carácter de no estrictamente rituado, en contradicción a los procedimientos típicamente jurisdiccionales. El procedimiento administrativo es flexible; indica al funcionario que lo impulsa, que simplemente garantice los extremos del debido proceso, sin exigir etapas o períodos predeterminados, en materia probatoria ni formalidades excesivas^{72A}.

El mérito en el acto administrativo

Al igual que la finalidad del acto, el elemento del mérito es esencialmente subjetivo, no confundible con aquel, ni mucho menos con el motivo del acto, aunque de éste comparte su carácter de razonador, pero insisto, es subjetivo, en cuanto determinante de la oportunidad para la expedición del acto. Su grado de subjetividad nos resulta tan profundo y amplio, que trasciende el ámbito de lo estrictamente legal y se sitúa, en muchos casos, en el campo de los juicios políticos.

Escola señala que el mérito se refiere a la oportunidad o conveniencia en la expedición del acto administrativo. Conveniencia que está en íntima relación con los fines del Estado, pues obliga a quien expresa la voluntad del mismo, a expresarla cuando se requiere verdadera y ciertamente, para cumplir los cometidos de éste. Implica todo un juicio de valoración por quien ejerce funciones administrativas para

C.P. Lucrecio Jaramillo Vélez, *Anales del Consejo de Estado*, núms. 429-430, tomo LXXX, primer semestre de 1971, p. 367, quienes hacen las diferencias anotadas como si ellas implicaran separadamente aspectos importantes para efectos de la eficacia o validez del acto.

^{72A}. Escola, Héctor Jorge. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, 2da. edición, ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981, p. 152.

que los actos expedidos sean realmente beneficiosos. "...el examen del mérito del acto tiene, actualmente, gran importancia práctica, pues no basta, como se ha dicho, que los actos administrativos se ajusten en su integridad a la Ley, sino que es imprescindible que sean adecuados en su mérito, estando en el interés y en el derecho de todos exigir que se dé efectivamente esa condición..."^{72B}.

En Derecho colombiano, es factible sostener que los actos administrativos llevan el mérito como uno de sus elementos. Resulta imposible concebir un acto en el cual el sujeto actor no hubiere evaluado la conveniencia u oportunidad del mismo. Se trata de un esfuerzo que lleva implícita toda decisión de la administración. Lo que sí resulta claro en nuestro ordenamiento es que este elemento no genera vicios en la legalidad del acto. Al contrario de lo que ocurre en otras legislaciones, en nuestro medio puede generar controles políticos o administrativos, pero de ninguna manera contenciosos administrativos. Si confrontamos las causales de nulidad establecidas en el Art. 84, del Código Contencioso Administrativo, ninguna causal nos permitiría tipificar la violación al mérito como causal de nulidad del acto administrativo. Su desconocimiento podría implicar responsabilidad personal para el agente productor del acto, pero no alteración de la legalidad del mismo.

Acorde con lo anterior, el ordenamiento positivo otorga importantes instrumentos para evaluar y eventualmente, controlar administrativamente el mérito de los actos. Los Arts. 267 y 344 Constitucionales, otorgan a las Contralorías y a las oficinas de Planeación, la evaluación de la gestión de la administración. Se trata nada menos que el análisis de la oportunidad de las decisiones públicas, lo cual no es otra cosa que el mérito de los actos administrativos expedidos. Por otra parte, el Art. 69 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, permite extinguir los efectos jurídicos de los actos administrativos por razones de oportunidad o mérito: El acto podrá ser revocado cuando, "...no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él...". No se trata de un

^{72B}. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota No. 72 A. p. 143.

juicio propiamente la legalidad del acto, sino de la revocatoria por razones de conveniencia, evaluada por la administración productora de la decisión. Igual sucede tratándose de las objeciones de los Alcaldes sobre los proyectos de acuerdos de los Concejos o a los gobernadores sobre los proyectos de ordenanza de las Asambleas. La Constitución permite que estos funcionarios por razones de oportunidad o conveniencia, objeten los acuerdos y ordenanzas. (Arts. 305. numeral 9 y 315 numeral 6 respectivamente).

Para algunos autores el mérito se confunde en algunos casos con la causa y en otros con la finalidad del acto. Para otros autores, considerar el mérito como elemento del acto, implicaría negar el principio de la legalidad y someter a los funcionarios administrativos, a análisis y evaluaciones independientes de los cauces jurídico-positivos.

CAPITULO TERCERO
ASPECTOS SUBJETIVOS EN LA FORMACION DEL ACTO

1. Generalidades	85
2. Fase interna en el proceso de elaboración del acto administrativo	87
- La intención	87
- Estructuración de la decisión	88
3. Fase externa • de exteriorización	88
- Teoría del elemento esencial	90
- Tesis de la eficacia u oponibilidad	91
- Teoría intermedia	92

CAPITULO TERCERO

ASPECTOS SUBJETIVOS EN LA FORMACION DEL ACTO⁷³

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Fase interna en el proceso de elaboración del acto administrativo. La intención. Estructuración de la decisión. 3. Fase externa o de exteriorización. Teoría del elemento esencial. Tesis de la eficacia u oponibilidad. Teoría intermedia.

1. GENERALIDADES

La existencia y validez del acto jurídico implica la presencia de un proceso indispensable de elaboración, dentro del cual se debe cumplir con requerimientos fundamentales, para que éste se proyecte con la plenitud de sus efectos en el mundo jurídico-administrativo. Los vicios a que pueda dar lugar la entrada en vigencia de un acto administrativo tienen precisamente su origen en anomalías, estructuradas principalmente en su formación, como efecto indiscutible de omisión o quebrantamiento de requisitos imprescindibles: con razón sostiene la doctrina que la "celebración de un acto jurídico es algo unitario e indivisible que no puede fraccionarse; por eso, en dicha

⁷³. Vid, Altamira, Pedro Guillermo. *Curso de derecho administrativo*, pp. 359 y ss.; Carbonier, Jean. *Derecho civil*, tomo I, pp. 186 y ss.; Cediél Angel, Ernesto. *Ineficacia de los actos jurídicos*, parte primera; Díez, Manuel María. "Actos administrativos", *Op. cit.*, supra nota 20, pp. 327-351. Eiler Rauch, Sara. "La formación del consentimiento en los contratos, Santiago, Editorial Nacimiento, 1935, pp. 40 y ss. Gallo de Pompone, Celia E. *La voluntad en el acto administrativo*, pp. 58 y ss. Riag, A. *La voluntad en la formación del acto jurídico* (trad. de Fernando Hinestrosa), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1965.

celebración deben concurrir, a un tiempo, las diversas condiciones que la ley exige para que dicho acto tenga plena eficacia jurídica”⁷⁴.

Lo expuesto nos permite concluir que para la estructuración y vigencia de un acto jurídico, con efectos en el ordenamiento administrativo, se presenta lo que pudiera llamarse un “proceso de elaboración”, lo cual, por sus caracteres, es único e indivisible en la medida que para producirse un acto administrativo, la tramitación tendiente a su resultado es una sola, sin lugar a divisiones que interrumpan su culminación.

Sin apartarnos del concepto de la unidad, en la producción del acto administrativo y de manera operativa, se puede sostener que el proceso de la elaboración del acto presenta las siguientes etapas: una primera, que podría conocerse como la de la fase interna, que a su vez comprendería la intención de acto administrativo y la de estructuración o materialización del mismo. Una segunda, que fácilmente podríamos denominar fase externa y estaría conformada por la totalidad de los pasos tendientes a la exteriorización de la actuación⁷⁵.

Proceso de elaboración del acto administrativo

• Fase interna

-Intención

-Estructuración de la decisión

• Fase externa o de exteriorización

⁷⁴. Alessandri Besa, Arturo. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago, Imprenta Universitaria, 1949, p. 102.

⁷⁵. Consejo de Estado, Sentencia de 30 de octubre de 1964. Sala de lo contencioso administrativo, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, Anales del Consejo de Estado, núms. 405 y 406, tomo LXIII, p. 308; Rieg, A. *Op.cit.*, *supra* nota 73, p. 7. Gallode Pompone, Celia E. *Op.cit.*, *supra* nota 73, p. 58; “... En la voluntad administrativa se destacan distintos momentos, comenzando con la intención del órgano del cual emana, continuando con el procedimiento establecido para la determinación o elaboración de esa voluntad, y finalmente su declaración o exteriorización... La expresión voluntad no tendrá para el Acto Administrativo un significado psíquico real, sino que comprenderá un conjunto de factores subjetivos, más factores objetivos que constituyen el proceso a través del cual se manifiesta esta voluntad...”.

2. FASE INTERNA EN EL PROCESO DE ELABORACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Se configura esta etapa con la totalidad de las actuaciones que se desarrollen dentro del órgano administrativo y que determinen, la formación de la voluntad de la administración; esta fase se caracteriza, porque el resultado obtenido no puede producir efectos jurídicos de manera inmediata. La administración pública no queda vinculada frente a terceros. Las decisiones producidas respecto a los derechos subjetivos, o situaciones generales se encuentran en suspenso, bien podríamos decir, se ubican de manera exclusiva al interior de la administración⁷⁶.

La intención

La intención se da necesariamente en todo órgano estatal capaz de ejercer funciones administrativas. Se caracteriza por ser el foco impulsor de los elementos que confluyen en la estructuración de la voluntad de la administración durante el proceso de elaboración del acto administrativo. Podríamos identificarlo como un elemento previo a la formación de la voluntad. Es un momento anterior, preparatorio de la voluntad administrativa; es un fenómeno estrictamente psíquico en la medida que se produce en las personas que evalúan y dirigen la actividad de los órganos administrativos y que consecuentemente “piensan” de acuerdo con las directrices del organismo estatal señaladas, no sólo en el texto constitucional a través de las finalidades de la función administrativa, sino también de acuerdo con las normas específicas que atribuyen competencia al respectivo ente estatal. En la práctica, quien ejerce la función administrativa no es más que un intérprete de la voluntad potencial del Estado, establecida en la norma jurídica^{76A}.

76. Consejo de Estado, sentencia de 30 de octubre de 1964, citada a nota 75, sobre esta fase dijo: “El primero se surte en el interior de la Administración y, mientras no se haya terminado la hipotética providencia no engendra ni siquiera una expectativa de derecho”.

76A. Cavalcanti, Themístocles Brandao. *Op. cit. supra* No. 2 p. 36. Sostiene este autor, que eno es unánime la doctrina en aceptar tal y como lo hemos hecho en la presente obra, la existencia de un proceso subjetivo de formación de la voluntad de la administración.

La intención es el elemento psíquico precedente que prepara la voluntad de la administración, razón ésta que nos lleva a afirmar que la misma se caracteriza por su interioridad e irrelevancia jurídica; precisamente, el profesor Manuel Ma. Díez sostiene: "Las intenciones que no son exteriorizadas y permanecen como internas del órgano agente, son para la administración pública jurídicamente irrelevantes, ya que no permiten registrar la voluntad real del órgano"⁷⁷.

Estructuración de la decisión

Constituye dentro de la fase interna, la compleja materialización de la intención y demás elementos recopilados por la administración, en lo que podría denominarse la constitución de la decisión de la administración, que se caracteriza por carecer del poder de oponibilidad frente a terceros.

3. FASE EXTERNA O DE EXTERIORIZACION

La fase externa o de exteriorización es la proyección al exterior del órgano de las elaboraciones producidas dentro del mismo; es conocida también como la etapa de la declaración de voluntad.

La decisión adoptada por quien ejerce funciones administrativas -voluntad-, no produce por sí sola los efectos que la administración espera; se hace indispensable que aquel fenómeno interior se exteriorice, para lo cual se necesita acudir a un signo externo que la haga conocer y no puede ser otro que su declaración, la que una vez producida convierte el "pre-acto" en acto, es decir, le imprime juridicidad relevante, productora de efectos jurídicos.

Tratándose de las personas jurídicas, indica el autor, "...hay un cierto escrúpulo en insistir en la existencia de un proceso volutivo, que presupone también un proceso psicológico que no puede existir en una persona jurídica..."

⁷⁷. Díez, Manuel María. "Actos administrativos", *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 335, igualmente, Eiler Rauch, Sara. *Op. cit.*, *supra* nota 73, pp. 40 y ss.

La exteriorización puede ser real, cuando la realiza la administración expresamente, o presunta, caso éste conocido como del silencio administrativo por el sólo hecho del transcurso del tiempo.

Se realiza mediante la comunicación, notificación, publicación o ejecución de acuerdo como lo señale el respectivo ordenamiento. Mientras no se emplee el medio legal adecuado, la administración puede incluso modificar sus decisiones en razón de que, como ya lo habíamos anotado, la decisión interna aún no tiene vida jurídica frente a terceros, sino frente a la misma administración⁷⁸.

No obstante la aparente claridad sobre el problema, es decir, que el acto necesita indubitadamente de su publicación, la doctrina e incluso la misma jurisprudencia nacional no han estado acordes y han sostenido tesis encontradas sobre la exteriorización del acto para efecto de su existencia jurídica. En este sentido son dos las posiciones que podemos identificar en torno del asunto: una, la tesis o teoría de la publicación como elemento esencial del acto y dos, la teoría de la eficacia u oponibilidad, que no niega la existencia del acto no publicitado, sino que ve en este procedimiento de exteriorización un fenómeno de eficacia del mismo.

⁷⁸. Consejo de Estado, sentencia de 30 de octubre de 1964, *cit. supra* nota 75; en igual sentido, puede confrontarse, entre otras, las siguientes providencias del Consejo de Estado: Auto de enero 20 de 1972, Sala de lo contencioso administrativo, sección 4, tomo LXXXII, primer semestre: "Elemento esencial, parte nuclear del acto administrativo es que sea una declaración de voluntad del funcionario o corporación administrativa... donde no hay declaración de voluntad de juicio, de deseo con la finalidad de producir un efecto en derecho no puede predicarse la existencia de un acto administrativo". Salvamento de voto, consejero Miguel Lleras Pizarro, sentencia de octubre 10 de 1974, Sala de lo contencioso administrativo, sección 4, Anales del Consejo de Estado, núms. 433 y 434, tomo LXXXVII, 1974, segundo semestre: "Todo acto administrativo está destinado a producir efectos por ser manifestación de la voluntad del administrador que obliga la conducta de alguno o algunos o todos los gobernados. Por tanto, es esencial para que exista que los obligados reciban noticia sobre tal acto... si esa manifestación de voluntad, aun elaborada con competencia legal, se mantiene en el ámbito de lo confidencial no puede aspirar a que produzca efectos y así no puede tenerse por acto administrativo completo". Auto de mayo 20 de 1975, Sala de lo contencioso administrativo, sección 4, C.P. Juan Hernández, Anales del Consejo de Estado, núms. 445-446, tomo LXXXVIII, primer semestre 1975: "La notificación es diligencia esencial para que las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa produzcan efectos respecto de los interesados en el respectivo negocio o actuación".

Teoría del elemento esencial

Los partidarios de esta tesis sostienen que el procedimiento de publicitación de una decisión de la administración pública, que pretenda producir efectos jurídicos, es elemento esencial del acto administrativo, ubicado dentro de los elementos formales o procedimentales del mismo. En este sentido, cualquier irregularidad que se pueda presentar en su exteriorización puede viciar la legalidad del acto administrativo. Los partidarios de esta teoría consideran que el acto administrativo nace a la vida jurídica, una vez se hubiere agotado el procedimiento de notificación o publicación del acto administrativo. Es decir, una decisión de la administración no publicada o notificada, no sería acto administrativo, no podría en consecuencia, controlarse ni administrativa ni jurisdiccionalmente.

La tesis tiene sus sustentos en las razones expuestas tanto por la teoría "voluntarista", como por la simple teoría "declaracionista" del acto, pues coinciden en que el acto debe ser ante todo un fenómeno de manifestación. En consecuencia, no habiendo manifestación de la administración, no habría acto administrativo.

En algunas oportunidades, en casos aislados, la jurisprudencia nacional ha sostenido que la no publicación o la indebida publicación o notificación, implica nulidad del acto por vicios de forma. De esta manera se provoca el control de dichas irregularidades a través de las acciones típicas de los actos administrativos.

"El solo hecho de que el acto no ha sido promulgado permitiría concluir que no está vigente y por tanto que no puede ser materia de juicio, tal como recientes doctrinas del Consejo lo han establecido. Sin embargo, tales doctrinas han sido adicionadas y complementadas en el sentido de que son admisibles las demandas de actos no promulgados cuando su vigencia depende de tal requisito, porque la experiencia enseña que muchas agencias de la administración son poco celosas en el cumplimiento de las ritualidades que constituyen garantía para los gobernados y que, aunque ello constituya delito, ponen en vigencia y

exigen el cumplimiento de actos con los defectos anotados... en tales casos la demanda debe ser admitida para decidir en la sentencia sobre la nulidad por defectos de forma"⁷⁹.

Esta situación, debemos advertir, no ha sido corriente en la jurisprudencia colombiana, en donde ha predominado criterio diferente, incluso desde el punto de vista del control jurisdiccional^{79A}.

Tesis de la eficacia u oponibilidad

Parte esta tesis de la negación a la teoría anteriormente expuesta. El acto administrativo nace a la vida jurídica una vez que la administración ha adoptado la decisión que habrá de producir efectos jurídicos. En este sentido, las actuaciones o procedimientos de publicación, no son otra cosa, que instrumentos propios de la eficacia del acto y no de la validez del mismo.

El acto administrativo existe como tal, una vez se hayan reunido plenamente los elementos esenciales de su legalidad. La decisión, así permanezca en el interior de la administración, ya es un acto administrativo. La obligación de la administración es publicitar el acto para que surta efectos en el mundo del derecho y no para que nazca a la vida jurídica.

La jurisprudencia actualmente aceptada por el Consejo de Estado, se encauza por los senderos de esta segunda tesis. La notificación ha

⁷⁹. Consejo de Estado, auto de 11 de septiembre de 1969, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, C.P. Miguel Lleras Pizarro, Anales del Consejo de Estado, núms. 423 y 424, segundo semestre, tomo LXXVIII de 1969, p. 339; este auto modificó la doctrina expuesta mediante sentencia de 29 de agosto de 1969, por la sección primera del Consejo de Estado con ponencia del doctor Jorge de Velasco-Alvarez, publicada en la p. 193 de la misma obra.

^{79A}. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III Auto de abril 17 de 1991, C.P. Julio César Uribe, expediente 6602. Sobre la acción procedente frente a un acto administrativo que no ha sido notificado pero es ejecutado por la administración, sostuvo la Corporación lo siguiente: "...es verdad jurídica que la no notificación o la notificación o comunicación irregular de un acto administrativo, lo hace ineficaz. Por ello cuando él se ejecuta y como consecuencia de esto se causa un daño, la acción procedente es la de reparación directa...".

dicho la Corporación, "...no constituye parte integrante del acto administrativo, sino de un proceso administrativo o judicial y por lo mismo, a falta de ella no le afecta en sí mismo en su existencia. La falta de notificación, no genera la nulidad del acto administrativo, sino que lo hace inoponible frente a terceros..."^{79B}.

"...Si bien es cierto que los actos administrativos no publicados, carecen de obligatoriedad, también es cierto, que la falta de este requisito, tratándose de actos administrativos de carácter general, no constituye causal de nulidad del mismo, como son los actos impugnados y sólo constituye falta de oponibilidad del acto a los particulares, o en otras palabras, falta de obligatoriedad para los mismos. Así, ha de tenerse en cuenta que la publicación del acto, no es requisito para su validez, siempre y cuando en su dictación se hayan guardado todas las normas a las que debió sujetarse, y sólo es causal de inoponibilidad a los particulares. En cambio sí es oponible a la propia administración..."^{79C}.

Esta tesis ha sido el producto de la interpretación de los textos legales colombianos, sobre el acto administrativo, que para todos los efectos, hablan de no notificación o publicación del acto, es decir, reconocen su existencia de manera anticipada a la publicación o notificación. (Arts. 43 y 44 Decreto 01 de 1984, Ley 57 de 1985).

Teoría intermedia

Denominamos teoría intermedia, la tesis elaborada por el Consejo de Estado, y que frente al problema de la publicitación del acto administrativo, acepta la existencia del mismo independientemente de su publicitación, pero alejándose del concepto de oponibilidad, admite la posibilidad de que sea impugnado por terceros a través de las acciones propias de los actos administrativos. Tiene su origen esta

^{79B}. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Auto de octubre 24 de 1990. C.P. Diego Younes Moreno. Exp. 5298.

^{79C}. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Auto del 23 de octubre de 1991. C.P. Alvaro Lecompte Luna. Exp. 6121.

teoría en la sentencia del 11 de octubre de 1990, de la Sección I de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Tiene fundamento la apreciación del ponente en la redacción misma de algunos textos de carácter positivo, los cuales admiten la posibilidad de proceder ante la jurisdicción contenciosa, no sólo cuando el acto ha sido publicado, sino también cuando se ha ejecutado independientemente de su publicitación. Específicamente los Arts. 136 y 139 del Código Contencioso Administrativo, indican respectivamente que no hay necesidad de acreditar la publicación del acto para efectos de la caducidad de las acciones y que "...a la demanda deberá acompañar el actor, una copia del acto acusado con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso...".

Tuvo como base el pronunciamiento algunas elaboraciones previas de la misma sección I, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, específicamente el auto del 4 de mayo de 1990, con ponencia del mismo Consejero Rodríguez, en el cual se había sostenido lo siguiente: "...es cierto que el Consejo de Estado en diversas ocasiones, entre ellas las providencias del 6 de junio de 1986 y del 25 de septiembre de 1987, citadas por el *a quo*, de las que fue ponente el consejero doctor Guillermo Benavides Melo, quien ha considerado que existía falta de jurisdicción para conocer de las demandas de nulidad de actos administrativos generales que no habían sido publicados". "...no obstante, agrega la providencia, frente a la nueva redacción de los Arts. 136 y 139 del Código Contencioso Administrativo, es factible intentar una acción nulidad contra un acto administrativo no publicitado"...la acción de nulidad puede ejercitarse, en cualquier tiempo, a partir de la expedición del acto. Por lo mismo, la Sala considera que el Art. 139 del C. C. A., puede ser interpretado válidamente en el sentido de que, en relación con los actos administrativos generales, el requisito que "...es del caso, puede ser la constancia de su ejecución cuando el acto no ha sido publicado, con mayor razón si se tiene en cuenta que el mismo artículo, en su inciso 4o. prevé que ...cuando el acto no ha sido publicado ...se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma".

La anterior tesis, que si bien es cierto sirvió para llegar a la conclusión de que es posible la acción de nulidad contra actos generales no publicados, sirvió así mismo de base para la providencia del 11 de octubre de 1990, en el sentido de que para el ejercicio de la acción de nulidad contra un acto de carácter general, no es indispensable ni su publicación, ni mucho menos acreditar su ejecución.

La nueva tesis tiene por sustento las siguientes apreciaciones "...en efecto, como ya se expresó, de acuerdo con el texto actual del Art. 136, del C. C. A., la acción de nulidad, "podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto". Esta contundente afirmación de la ley permite concluir, por sí misma, que el ejercicio de la acción pública sólo está condicionado a que el acto administrativo haya sido expedido, independientemente de que haya sido o no publicado, y aún de que haya sido o no ejecutado. Está bien, y es lógico que así sea, porque no existe razón válida para que el ciudadano interesado en mantener la vigencia del orden jurídico, tenga que esperar a que el acto que considera ilegal, sea publicado o ejecutado para poder impugnarlo. Por el contrario, es sano desde el punto de vista del control de la legalidad, que los ciudadanos puedan acudir a los órganos jurisdiccionales tan pronto el acto sea expedido, pues ello permite acercarse a la posibilidad ideal de que, en caso de ser el acto manifiestamente ilegal, sus efectos puedan ser suspendidos aún antes de que empiece a ser aplicado y se disminuyan así, al máximo, los perjuicios sociales que puedan derivarse de la aplicación de ese acto ilegal... lógicamente debe hacerse notar que lo anterior no excluye de ninguna manera la obligación a cargo de la autoridad correspondiente de publicar los actos administrativos generales, y la imposibilidad de ejecutarlos mientras dicha obligación no se haya cumplido, de conformidad con las normas vigentes sobre publicidad. Lo que sucede es que esta obligación de publicarlos y la prohibición de ejecutarlos, no obstan para que la acción de nulidad pueda iniciarse independientemente de ellas..."^{79D}.

^{79D}. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I Sentencia del 11 de octubre de 1990, C.P. Libardo Rodríguez, Exp. 1051.

Esta tesis no ha sido uniforme, véase posición contraria entre otras providencias posteriores de la misma sección. Auto del 11 de octubre de 1991, Expediente 1841 C.P.: Miguel González Rodríguez.

CAPITULO CUARTO
LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD ESTATAL
PRINCIPALMENTE DE LA ADMINISTRACION

1. Generalidades	96
2. Concepto y contenido del principio de legalidad de los actos administrativos	96
- Simple legalidad	96
- Legalidad formal y legalidad interpretativa	97
- Legalidad y juridicidad. Bloque de la legalidad	98
- Legalidad formal y legalidad teleológica	99
3. Estado de derecho y el principio de legalidad	102
- Evolución	102
- Actividad reglada y discrecional	104
- Lo discrecional y reglado: Kelsen	109
- Legalidad y exigencia	110
4. Principio de legalidad y presunción de legalidad	111
5. Principio de legalidad en Derecho colombiano	113

CAPITULO CUARTO

LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD ESTATAL PRINCIPALMENTE DE LA ADMINISTRACION⁸⁰

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Concepto y contenido del principio de legalidad de los actos administrativos. Simple legalidad. Legalidad formal y legalidad interpretativa. Legalidad y juridicidad. Bloque de la legalidad. Legalidad formal y legalidad teleológica. 3. Estado de derecho y el principio de legalidad. Evolución. Actividad reglada y discrecional. Lo discrecional y reglado: Kelsen. Legalidad y exigencia. 4. Principio de legalidad y presunción de la legalidad. 5. Principios de legalidad en Derecho colombiano.

-
80. Vid, Arciniegas, José Antonio. *Estudios sobre jurisprudencia administrativa*, Bogotá, Editorial Temis, tomo I, pp. VII y 9-12. Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, p. 1. Betti, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, pp. 311-323. Carretero Pérez, Adolfo. "La teoría de los actos separables", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 61, Instituto de Estudios Políticos, enero-abril de 1970, pp. 83-88. Cretellajunior, José. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 14 y ss. Entrena Cuestas, Rafael. *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1976, pp. 117 y ss. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, pp. 65 y ss. Fraga, Gabino. *Op. cit.*, *supra* nota 58, pp. 99 y ss. García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 361-407 y 487 y ss. García Trevijano Fos, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 61, pp. 464 y ss. Kelsen, Hans. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 325-327. Nava Negrete, Alfonso. "La legalidad de los actos administrativos", en *Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 5, julio de 1973. Oelckers Camus, Oswaldo. "Notas a la potestad discrecional de la administración pública", en *Revista de Derecho*, Concepción, núm. 165, Universidad de Concepción Escuela de Derecho, enero-diciembre de 1977. Vedel Georges. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 219 y ss.

1. GENERALIDADES

Estudiado en los capítulos anteriores el aspecto instrumental-teórico de la institución jurídico-administrativa, a la que, de acuerdo con la teoría dominante, hemos llamado “acto administrativo”, nos corresponde adentrarnos en el fundamento ideológico y filosófico, justificante de tal figura. Este fundamento constituye la columna vertebral del normal y válido funcionamiento no solo de la administración pública en cualquier nación organizada, sino también de cualquiera de los poderes públicos en un Estado organizado jurídicamente. Nos referimos al conocido como principio de la legalidad del Estado, el cual incide de manera directa en la eficacia y validez de las decisiones de la administración que pretenden crear, suprimir o modificar las relaciones en el universo jurídico, o en los sujetos individualmente considerados.

2. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Simple legalidad

Tratándose de la función administrativa -que es la que ocupa para el caso nuestra atención⁸¹, entendemos por principio de legalidad la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en

81. El principio de legalidad no es exclusivo de la función administrativa del Estado. La totalidad de las funciones estatales y el conjunto de sus órganos e instituciones deben someterse a las directrices vinculatorias establecidas en el ordenamiento jurídico. En este sentido, puede consultarse a Fraga Gabino. *Op. cit.*, *supra* nota 58, pp 99. Entrena Cuesta, Rafael. *Op. cit.*, *supra* nota 80, p. 117; Vallejo Mejía, Jesús. “Responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Estudios de derecho*, Medellín, núm. 79, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, marzo de 1971, segunda época, p. 40, entre otros.

general, y con el que le da fundamentación en especial. En este sentido, debemos observar un doble proceso de sometimiento de los órganos administrativos al derecho; el primero implicaría un acatamiento inmediato al conglomerado normativo y de principios que rigen de manera amplia y/o particular el actuar del engranaje estatal; el segundo, como lo señala Vedel, sería la sumisión, de igual modo inmediata y obligatoria, a las normas y reglas que ella misma ha elaborado⁸².

Visto lo anterior, podemos concluir que el ejercicio de la función administrativa está dominado, indiscutiblemente, por el principio del sometimiento de sus actos al ordenamiento jurídico, vigente y preestablecido, lo que implica, necesariamente, el sometimiento de la administración a las normas por ellas proferidas en ejercicio de su competencia. En palabras del profesor Cretella Junior: "El principio de la legalidad asume vital importancia en el ámbito del Derecho Público, provocando que las decisiones de las autoridades administrativas deban siempre estar conforme a la ley o, más precisamente, a la legalidad formada por un conjunto de reglas de Derecho, en unión íntima en su mayor parte con las leyes formales"⁸³.

Legalidad formal y legalidad interpretativa

El principio de la legalidad, no obstante, puede ser estudiado desde otro contexto: el de sus implicaciones prácticas, en la medida en que su dinámica no constituye un estrecho concepto de simple y automática sumisión de la decisión administrativa al precepto legal en su sentido formal. Por el contrario, el acto administrativo obedece, para su

82. Cfr. Vedel, Georges. *Op. cit. supra* nota 20, pp. 219 y 220. Carretero Pérez, Adolfo. *Op. cit. supra* nota 80, pp. 83; sostiene este profesor: La legalidad sinónima de regularidad jurídica, tiene un sentido especial referido a la administración: todo sujeto está sometido al Derecho, pero la sumisión de la administración es típica, porque ni lo está de la misma forma de los particulares, ni las normas que la definen son externas (sin) como sucede con los individuos, sino elaborados en parte por la propia administración.

83. Cretella Junior, José. *Op. cit., supra* nota 1, pp. 14 y 15 (la traducción del portugués es nuestra).

fortalecimiento y validez, a preceptos superiores, que incluirían de manera concreta para cada norma, las elaboraciones interpretativas de los ordenamientos y la jurisprudencia que le da alcance a las mismas. Razones por las cuales la legalidad asume dos esferas perfectamente delimitadas: una, la específica de la referencia a la ley, en sentido estricto en su connotación de amplia -ley en sentido general- o particular -tratándose de la ley que determine las competencias del órgano administrativo-. Y dos, la legalidad con referencia a los principios generales y la jurisprudencia, emanada del estudio del ordenamiento positivo, y que en la práctica orienta la aplicación de la norma. En este último caso podría sostenerse la existencia de una legalidad didáctica y orientadora que se edifica sobre la base de la función unificadora de la jurisprudencia por órganos como la Corte Constitucional y la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Legalidad y juridicidad. Bloque de la legalidad

Merkel, por su parte, consideró poder diferenciar otras dos importantes modalidades de legalidad: a la primera de ellas la denominó de la juridicidad y a la segunda de la legalidad⁸⁴. Empero, la tendencia

84. Cfr., Merkel, Adolfo. *Teoría general del Derecho administrativo*, México, Editora Nacional 1975. p. 212. Principio de la juridicidad. Es un principio de carácter general que regula las relaciones entre el derecho y la administración. En resumen, se le puede entender como el acondicionamiento de la administración al derecho, específicamente al administrativo. "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico", p. 213: "Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado". Como se observa, es la referencia constante del acto administrativo al ordenamiento jurídico en general que otorga específicas atribuciones. Principio de la legalidad, pp. 215 y ss.: Es un caso específico de aplicación del principio de la juridicidad, como dice el autor no es más que una "juridicidad calificada", es específicamente el sometimiento de la administración a una ley formal. Principal diferencia: indudablemente, el principal aspecto que diferencia estos dos principios radica en su naturaleza, mientras la juridicidad es una elaboración jurídico-teórica, es decir, no necesariamente normatividad legislada, "que se funda en la naturaleza que poseen todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas (p. 215), el principio de la legalidad es una elaboración de naturaleza jurídico-política, es decir, por regla general legislado, "que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva" (p. 215). Como consecuencia práctica de las anteriores

moderna -con la cual estamos perfectamente de acuerdo- nos lleva a plantear, dentro de un campo unitario, que la legalidad de los actos administrativos ha de predicarse dentro del bloque de la legalidad, entendiendo por bloque de la legalidad el integrado tanto por las leyes normativas, reglamentos y principios (escritos o no escritos), que orientan el ordenamiento jurídico⁸⁵.

Legalidad formal y legalidad teleológica

Además de las anteriores aproximaciones al concepto de la legalidad, podemos identificar dos elementos importantes del fenómeno, los cuales aunados, permiten complementar cualquier intento de definición del mismo. Se trata de la legalidad formal o simple legalidad, que se caracteriza por su simple confrontación normativa y la legalidad, teleológica, que se edifica sobre la base de una búsqueda de la finalidad de la actuación del Estado.

El primero de los fenómenos se concreta, para la administración pública, en una abstención -aspecto negativo-, y señala que la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento (simple constatación normativa) contrario al principio de autonomía de la

diferencias, señala Merkl (p. 215) que: "la existencia de juridicidad de la administración precede a toda y a todas las administraciones, mientras la exigencia de la legalidad se apoya en cada ordenamiento jurídico y no tiene más valor que para este ordenamiento". En contra de la elaboración del profesor austriaco, reaccionan los tratadistas García de Enterria y Fernández, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 365, para quienes las teorías expuestas no son más que "una complicación, terminología innecesaria, una vez aclaradas las cosas".

85. Cfr., García - Trevijano Fos, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 61, p. 464: "El principio de la legalidad significa el sometimiento de la administración al bloque jurídico (no a la Ley y a las normas únicamente)". (Igualmente, en este autor consúltense pp. 466 y ss.) Entrena Cuesta, Rafael. *Op. cit.*, *supra* nota 80 p. 17. Fraga, Gabino. *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 100: "Consideramos que no hay violación del principio de la legalidad... Cuando la administración se funda en los principios generales del Derecho, con principio de audiencia, el de igualdad ante la ley y las cargas públicas, el decaimiento sin causa, etc." García de Enterria y Tomás-Ramón Fernández. *Op. cit.*, nota 1, p. 365. Brewer Carías, Allan R. "El recurso contencioso administrativo contra los actos de efectos individuales, los vicios administrativos", en *Actas procesales del derecho vivo*, Caracas, núms. 67/69 (grafiúnica), 1977, p. 98. "El control no es sólo un control de la legalidad en sentido estricto, sino de la conformidad con el orden jurídico".

voluntad que rige en derecho privado afirmando que todo lo que no está prohibido está permitido para los ciudadanos. Dentro de este marco, evidentemente jerarquizado, todo acto estatal deberá colocarse en un punto inferior de la escala vertical del ordenamiento, no pudiendo en ningún momento ser proferido sin la expresa autorización normativa, ni mucho menos contradiciendo los marcos superiores del ordenamiento positivo⁸⁶.

El segundo de los fenómenos se adentra en el estudio de la finalidad de la institucionalización estatal, buscando las razones de su existencia. Desde este punto de vista concluye que el actuar de los órganos públicos esta basado necesariamente en el mejoramiento de los intereses comunes de los asociados. La ley y las normas o principios superiores, en todos los casos, lo que buscan primordialmente es el cumplimiento de los intereses generales. En consecuencia, no dudamos que los pronunciamientos de la administración deban buscar el bienestar del interés público, y el bien general de los asociados. Precisamente en este aspecto concordamos con Vedel: "la ley fundamentadora del actuar de la administración no puede buscar nada diferente al interés público". Este interés puede configurarse de manera amplia o abstractada, respecto de los cometidos generales en favor de los asociados, lo mismo que en preceptos de carácter particular, tratándose de las específicas atribuciones que un ordenamiento hace a un órgano de la administración⁸⁷. En este sentido el elemento teleológico de la legalidad le da razón y justificación de violaciones de la ley que el ordenamiento ha identificado como de desvío de poder.

86. Sobre este aspecto, consúltese a Kelsen, Hans. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp.325-327, para quien el orden legal presupone en su cúspide la constitución de la que se desprende de manera sincronizada, entre normas superiores e inferiores -unas presupuesto de las otras-, la totalidad del ordenamiento jurídico.

87. El interés público puede ser político jurídico: el primero deducible de las necesidades de la comunidad; el segundo, consagrado expresamente en la respectiva legislación. Cfr., Vedel Georges. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 257-259; Caldera Delgado, Hugo. "El control de la desviación de fin en el acto administrativo", en *Revista de Derecho*, Concepción, núm. 165, Universidad de Concepción, Escuela de Derecho, enero-diciembre de 1977, p. 149.

El elemento teleológico es, en todo caso, un presupuesto importante de cualquier interpretación de los actos estatales. Porque no basta un simple formal de comparación entre las decisiones del Estado, en especial las del poder administrativo para concluir sobre la legalidad. Se hace indispensable ir mucho más allá. Identificando la totalidad de sus presupuesto; lo que en realidad se espera de la actuación estatal.

Precisamente el profesor italiano Emilio Betti, al referirse a la interpretación en este sentido de los actos administrativos⁸⁸, señala que tal comparación debe llevarse a cabo de este modo por cuanto se trata de "actos que sobre todo están destinados a la actuación de la ley", por lo que "incumbe al intérprete también la tarea de verificar si su realización en concreto responde a su abstracto deber ser, es decir, ha de verificar si el precepto individual que se afirma en el caso específico, constituye la recta individualización del precepto general de la ley, que en ellos ha de reflejarse".

Desde el punto de vista práctico esta realidad configuradora de la legalidad encuentra bases normativas que colaboran en la función interpretativa de las decisiones estatales. Tratándose de la legalidad formal los artículos, 4, 6, 121 y 122 constitucionales nos dan una idea de su existencia: "la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"... "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"... "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"... "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento...".

En cuanto a la legalidad teleológica, disposiciones constitucionales como las consagradas en los artículos 123 inc. 2, 209 y el mismo artículo 2 de la Constitución nos dan una idea de la misma: "...los

88. Betti, Emilio. *Op. cit.*, *supra* nota 121, pp. 311 y 312.

servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad"... "la función pública está al servicio de los intereses generales..." y el artículo segundo de la Constitución que identifica múltiples finalidades estatales.

3. ESTADO DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Dadas las características antes expuestas, deduciríamos que la legalidad llevaría una sumisión absoluta al Derecho, por parte del Estado. La legalidad también implicaría al cabal acatamiento de la juridicidad por parte de los órganos y servidores del Estado, quienes estarían supeditados directa o indirectamente al denominado: "bloque de la legalidad".

Evolución

Pese a lo anterior, no siempre en la historia de la humanidad se ha predicado con tanto empeño la necesaria y obligante sumisión de los poderes públicos al orden jurídico. Es precisamente con la institucionalización del Estado cuando comienza a identificarse el principio de legalidad, como una limitante al poder absoluto que en otrora época caracterizará el ejercicio del poder, y una garantía de convivencia y de seguridad para los asociados⁸⁹.

89. Cretella Junior, José. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 15, señala que el principio de legalidad, en la medida que limita al poder administrativo, se estructura como un evidente principio de clara estirpe liberal, "un elemento de liberalismo en el régimen administrativo" (La traducción del portugués es nuestra). Nava Negrete, Alfonso. *Op. cit.*, *supra* nota 80 pp. 404 y 405; Zippelius, Reinhold. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 309-314: "Los principios del Estado de Derecho son los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria, y en general el ejercicio sin control, del poder del Estado, estos principios forman parte del intento de dar respuesta a la vieja cuestión de cómo puedan realizarse a un mismo tiempo el orden y la libertad... con el fin de proteger las libertades individuales e impedir la arbitrariedad del Estado, había que procurar primeramente que la acción estatal se desarrollara de acuerdo común a determinada distribución de papeles y con reglas de juego garantizadas.... era de particular importancia sujetar al Ejecutivo a la Ley y al Derecho..."; Raz, Joseph. *La autoridad del derecho, ensayos sobre derecho y moral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, pp. 263 y ss., para quien el sometimiento al derecho, desde el punto de vista de los sujetos, debe ser doble, tanto del particular como del Estado. "Estado de Derecho significa literalmente lo que dice: El Estado de Derecho tomado en su sentido más amplio significa que la gente debe obedecer el Derecho y regirse por él. Sin embargo en la teoría política y jurídica ha llegado a ser interpretado en

Entendido el “principio de legalidad” como inherente al Estado de derecho, este regula en todos los sentidos el ejercicio del poder político, en beneficio directo de los administrados y de la estabilidad y seguridad que debe implicar el ejercicio del poder.

En su relación con la función administrativa del Estado, el principio de legalidad de los actos administrativos surge simultáneo con el Estado emanado de la revolución francesa. Evidentemente, en el régimen existente con anterioridad a este suceso se partía del principio de que la fuente de todo derecho era la persona del rey, quien era representante del poder divino dentro de la comunidad.

Las leyes dependían constantemente del temperamento del monarca. En el ámbito de la administración significaba para los asociados la inestabilidad y la incerteza, respecto de los trámites y decisiones que pudieran corresponder a la administración, a lo que debe añadirse la imposibilidad de un control efectivo ante la evidente arbitrariedad institucionalizada.

Esta concepción “monárquica-divina” del Estado fue objeto de la reacción directa de las teorías de los revolucionarios franceses; para ellos, el derecho solo podía tener una fuente: voluntad general; y una suprema manifestación: la ley. Precisamente debía corresponder al legislador la determinación y regulación general del poder político - como forma de evitar la inestabilidad y arbitrariedad naciente del manejo personalizado del poder-, específicamente de la función administrativa, surgiendo de esta manera el denominado “derecho administrativo”⁹⁰.

un sentido restringido, de que el gobierno debe ser regido por el Derecho y sometido a él. La idea del Estado de Derecho en este sentido es frecuentemente expresada por la frase gobierno del Derecho, no de los hombres... Se dice que el Estado de Derecho significa que toda acción gubernamental tiene que tener una fundamentación en el Derecho, tiene que estar autorizada por el Derecho. Pero, ¿no es esto una tautología? Las actividades no autorizadas por el Derecho no pueden ser acciones de un gobierno como gobierno. No tendrían efecto jurídico y frecuentemente serían ilícitas”. Sánchez Azón, Jorge. *Normatividad social, ensayo de sociología jurídica*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 82-97 (p. 88: “al establecerse el orden jurídico, éste restringe el alcance del poder político, sin esta reglamentación se caería en la anarquía o en el despotismo”).

90. Consúltase al respecto García de Enterría, y Fernández. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 362; de acuerdo con la teoría de Adolfo Merkl. *Op. cit.*, *supra* nota 80, pp. 208 y ss.: La posición de

Los profesores García de Enterría y Fernández, al referirse a la importancia y significado de la evolución de la legalidad, señalan que el gran aporte, de esta discusión histórica está dado por "esta técnica estructural precisamente a lo que se llama propiamente principio de legalidad de la administración. Esta está sometida a la ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación"⁹¹. En un Estado sujeto a un régimen de supremacía de la ley -Estado de derecho-, el principio de la legalidad se materializa como una cobertura de la ley, previa a la manifestación de cualquiera de los órganos del poder público, sin sujeción a la cual los actos por ellos proferidos se considerarían ilegales y carentes de validez. Exactamente, el Consejo de Estado ha considerado que es aquí, en esta relación administrativa -manifestación de voluntad-, donde se evidencia la "operancia de la legalidad", en la medida que los órganos administrativos imprimen cabal cumplimiento a lo preceptuado en la normatividad superior. Se busca, señala la Corporación: Que el funcionario o entidad que dicta el acto esté investido de la facultad de hacerlo; que al efecto llene los requisitos legales y que contenga precisamente la medida jurídica que la ley ha ideado para conseguir los fines previstos, sin quebrantar norma que sea obligatoria para dictar autoridad⁹².

Actividad reglada y discrecional

Se ha estudiado la legalidad en una perspectiva de regla general y su indiscutible, "debe ser", pensando en un normal desarrollo del Estado

estos notables profesores españoles, respecto a las relaciones derecho administrativo, administración, debe ser considerada como tradicional o dominante. Para el maestro de la escuela vienesa: "No es necesario en Estado alguno, la existencia de una función del tipo de lo que suele llamarse Administración, pero si existe, no podrá ser sin derecho administrativo". "...Actividad del Estado no puede ser reconocida más que allí donde exista un precepto jurídico que exprese la voluntad del Estado para semejante actividad". "...El Derecho Administrativo no es sólo la condición *sine qua non*, sino, condición *per quam* de la administración.

91. García de Enterría y Fernández. *Op. cit.*, p. 363.

92. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de mayo 25 de 1968, consejero ponente Alfonso Meluk, Anales del Consejo de Estado, núm. LXXIV, primer semestre de 1968, pp. 186 y ss.

de derecho. Hemos analizado lo que la doctrina tradicional identifica como el desarrollo vinculante o reglado del principio de legalidad, o más concretamente, el cumplimiento efectivo de las expresas facultades otorgadas por la ley a la administración -potestad reglada-.

Sin embargo, a pesar de la claridad de las expresiones filosóficas y jurídicas de los revolucionarios franceses, cierto sector de la doctrina clásica, fundada en razones de aparente libertad de acción en la administración para determinados eventos "quiebra el principio de legalidad", consistente en el reconocimiento de una libertad absoluta de actuación para la administración en los casos denominados de "facultades discrecionales" que en su conceptualización originaria era entendida como el no acatamiento al orden legal: "Allí donde la ley no ha entrado, o sea en casos en que por falta o defecto de normas jurídicas" la administración debía disponer lo menester ⁹³.

La potestad reglada, como lo hemos venido sosteniendo, se presenta cuando estamos frente a una atribución legal. A la existencia de norma de competencia clara y específica, debiendo el órgano y servidor estatal actuar en la forma específicamente enunciada en dichas disposiciones sin lugar a posibilidades de romper los marcos en ellas preceptuados para su ejecución. El ejercicio de las potestades regladas implica un proceso de adecuación estrictamente típico, entre

93. Consúltese la crítica a esta arcaica tesis que dominó el derecho administrativo especialmente en el siglo XIX, y que en la práctica instituía como legisladora a la administración, en Oelckers Camus, Oswaldo. *Op. cit.*, *supra* nota 121, p. 161. Prat, Julio A. "La Discrecionalidad Administrativa"; publicado en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*; II; Ediciones Rosaristas 1986; "... Durante el siglo XIX, la doctrina Administrativista acostumbraba a distinguir una cierta categoría de los actos administrativos no susceptibles de contralor contencioso. Estos eran denominados Actos de Administración pura, Actos del oficio exclusivo de la administración, Actos discrecionales o decisiones puramente administrativos. Resabio de antiguas y caducas tradiciones absolutistas, los Tribunales Judiciales no recibían las impugnaciones que los particulares intentaban contra estos actos, siendo rechazadas de plano por "su naturaleza discrecional". Esta fue la jurisprudencia constante del Consejo de Estado francés contra la opinión cada vez más resistente de la doctrina gala, iniciada ya desde 1865 por Savigny. Esta también será la solución aceptada e impuesta por el denominado sistema armónico de Santamaría Paredes en España cuando se dictó la ley sobre contencioso de 1888, que excluía la masa de actos "discrecionales", de toda revisión jurisdiccional..." p. 163.

los supuestos de hechos descritos por la ley y los analizados en el mundo de la realidad.

A pesar de tratarse de un proceso estricto, de todas maneras implica ciertos momentos de apreciación o subjetivismo, porque, al fin, quien aplica la norma no es más que una persona natural, vocero de la voluntad estatal asignada por la Ley o la Constitución al órgano respectivo. Esta realidad ha sido interpretada por el Consejo de Estado, cuando acepta que la legalidad puede ser en la práctica reglada o discrecional, sin implicar esta última un desconocimiento del ordenamiento positivo ni formal ni finalísticamente. Señala la Corporación que "tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable, ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas"⁹⁴. De igual manera, Vedel, refiriéndose al grado de competencia reglada existente en las llamadas decisiones administrativas, está de acuerdo en aceptar que "no existe nunca competencia reglada pura"; porque incluso en toda actuación de la administración el cinturón de fuerza, de la atribución vinculatoria o reglada, se ve disminuido necesariamente por lo que la doctrina francesa denomina "elección del momento"⁹⁵; figura con la que no se hace otra cosa que reconocer el grado de subjetividad o de iniciativa de que goza la administración para el estudio y análisis de la realidad fáctica, respecto de los estrictos contenidos normativos, en el cumplimiento de la potestad reglada, asunto que indicábamos anteriormente.

94. Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, concepto del 22 de octubre de 1975, C.P. Luis Carlos Sáchica, publicado en Arciniegas A., Antonio José. *Estudios sobre jurisprudencia administrativa*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, tomo I, pp. 10 y 11.

95. Vedel, Georges. *Op. cit.*, *supra* nota, p. 264. Puede consultarse el estudio de la profesora Consuelo Sarria, denominado "la discrecionalidad Administrativa", publicado en la obra colectiva, *El derecho administrativo en Latinoamérica*; II; p. 173 y ss.: "... El principio de legalidad es el límite del ejercicio mismo de la función administrativa, al tratar de precisar los límites de la discrecionalidad ya que ella emana la competencia para el ejercicio de determinada actividad, ... y a que no es cierto que hay discrecionalidad cuando no hay ley, por el contrario solo puede hablarse de ella cuando hay una habilitación legal expresa o tácita para que la autoridad pueda apreciar, evaluar y valorar las circunstancias que rodean el ejercicio de su función administrativa.

La potestad reglada constituye la regla general del principio de legalidad en el Estado de derecho. Lo discrecional es la excepción. A diferencia de las potestades regladas, en las llamadas potestades discrecionales la administración interviene mediante proceso de valoración subjetivo con el fin de adecuar el mundo de la realidad de los hechos a las consideraciones amplias y genéricas de la norma. Precisamente esta circunstancia habilita al respectivo órgano o funcionario, para que agregue el ingrediente de la iniciativa, en la búsqueda de los fines públicos estatales.

Contrariamente a la idea inicial con que se planteó la teoría de la discrecionalidad de la administración -libertad absoluta de la administración para disponer en aquellos asuntos no determinados por la ley; como lo señala la doctrina tradicional, la administración podía hacer no sólo aquello para lo que estaba expresamente autorizada, sino también todo aquello no prohibido y no regulado expresamente por la ley-. El concepto moderno -ajustado al concepto de legalidad en el Estado de derecho- sostiene en sentido lógico que la atribución y el ejercicio de cualquier potestad sólo es posible ante la existencia previa de un precepto legal superior.

Como lo señala Oelckers Camus, la potestad discrecional no nace ante la ausencia de la ley o de derecho; todo lo contrario, "para que la administración detente cualquier potestad, sea o no discrecional, es necesario que exista norma atributiva"⁹⁶.

En consecuencia, debemos admitir que la potestad discrecional obedece a claras políticas legislativas que otorgan facultad a la administración para realizar juicios de valor, apreciaciones subjetivas, estimaciones -con el fin único de cumplir con el cometido estatal del bien común o interés social-, que por razón de las circunstancias y de la inmediatez

96. Oelckers Camus, Oswaldo. *Op. cit.*, pp. 161 yss.; agrega este autor: "La discrecionalidad no supo en una actuación según lo que subjetivamente estime justo y apropiado la administración, sino la integración de la norma impresa (sic), según los valores inmanentes y objetivos del ordenamiento jurídico. En un sentido amplio, la ley contempla la justicia en el caso general y abstracto, la discrecionalidad opera lo justo en el caso concreto".

es forzoso que la ley se desprenda de su regulación concreta y la atribuya en sus ejecutores, es decir, los funcionarios administrativos. La potestad abierta de la discrecionalidad -ha dicho nuestro Consejo de Estado-, se caracteriza precisamente por esa cobertura de actuación o margen de mayor o menor amplitud para la realización de los objetivos trazados: Unas veces será la oportunidad para decidir facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión, en algunas ocasiones la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente⁹⁷.

Reiteradamente digamos, que la potestad discrecional es de naturaleza normativa o legal, en la medida que se presenta tan sólo en aquellas oportunidades en que la ley o los reglamentos permiten cierto grado de amplitud en la apreciación de los hechos que motiven su aplicación por los funcionarios administrativos.

La discrecionalidad administrativa no es sinónimo de “arbitrariedad” (en su concepción clásica u originaria de por sí era arbitraria, al permitirse total libertad a la administración y considerarse por eso mismo incontrolable ante los tribunales contencioso administrativos); el funcionario ejecutor de una potestad de esta naturaleza, se encuentra evidentemente sometido a los extremos en causantes determinados en la Constitución, la ley, y la finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la administración pública.

En el derecho colombiano, tanto la jurisprudencia como la doctrina están de acuerdo al señalar que la facultad discrecional no es absoluta o pura; de serlo, se quebrantaría el principio rector de la legalidad de los actos en el Estado de derecho, permitiendo que éstos escapen de

97. Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, concepto del 22 de octubre de 1975, C.P. Luis Carlos Sáchica, publicado en Arciniegas A., Antonio José. *Op. cit.*, *supra* nota 121, pp. 10 y 11.

su control natural: En principio, ningún Acto de la Administración queda libre, entre nosotros, de tal control; a diferencia de lo que sucede en otros países. Se debe esto al hecho de que en Colombia, "discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad", y ésta reinaría allí donde existan autoridades cuyos actos carezcan por entero de control por la jurisdicción contenciosa administrativa⁹⁸.

Lo discrecional y reglado: Kelsen

Doctrinalmente encuentra sustento, esta tesis, en las elaboraciones de la Escuela Vienes del Derecho, en especial en los trabajos del profesor Hans Kelsen; para él resultaba inadmisibles que se aceptara, como se venía haciendo, la posibilidad de que la actividad de la administración pudiera ser "libre" portadora de una facultad llamada discrecional en su favor. Esta distinción es lógicamente insostenible, y oculta un postulado político inconciliable con el Derecho Positivo. Agregaba, asimismo, que la llamada potestad discrecional no podía ser otra cosa que un grado inferior en el desarrollo descendente de la normatividad; las normas inferiores llenan los vacíos existentes en el ordenamiento dentro del marco señalado por la norma superior.

Siendo entonces un fenómeno de libre apreciación -de la administración- la potestad discrecional "presupone ya una norma, pues de otro modo sería imposible reconocer el carácter jurídico de aquel acto, ni la cualidad de órgano estatal del hombre que lo realiza"⁹⁹.

En consideración con lo afirmado, no nos queda otra alternativa que la de reconocer que cualquier proceso de interpretación de la legalidad de un acto nacido del ejercicio de potestades regladas o discrecionales, implica en la primera instancia un acercamiento del mismo para con la ley; pero, tratándose de una segunda instancia como lo expone

98. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de diciembre 3 de 1975, C.P. Alvaro Pérez Vives, *Anales del Consejo de Estado*, 1975, segundo semestre, tomo LXXXIX, núms. 447-448, pp. 307 y ss.

99. Kelsen, Hans. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 317-319.

Betti: "se involucra en ella una consideración bajo el aspecto causal, que requiere una interpretación de segundo grado de las normas a observar, y a aplicar"¹⁰⁰. Requiere, por ende, el estudio de la finalidad de interés público que al órgano respectivo pueda corresponder, lo mismo que una identificación del grado de apertura interpretativa, de análisis de subjetividad que la norma le permita al funcionario; a lo que no sobra agregar la necesaria referencia a los demás elementos del bloque de la legalidad.

En el caso colombiano, los anteriores conceptos de la discrecionalidad, tienen ya plena claridad legislativa. El artículo 36 exige de la administración al expedir un Acto Administrativo la plena identificación de la decisión con la norma que le sirva de sustento. Indica la disposición lo siguiente: "...En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, ésta debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa...".

Legalidad y exigencia

El cumplimiento de la función administrativa en la que indudablemente intervienen dos clases de sujetos, provoca el nacimiento de relaciones jurídicas tanto generales como individuales suscitadoras de derecho y obligaciones de "mutua exigencia", tanto para la administración como para los particulares.

Esa exigencia mutua no es sino un reflejo dinámico del principio de legalidad que induce a que los asociados requieran de la administración, el estricto cumplimiento del ordenamiento positivo. Esto, mediante el accionar de los denominados medios de control -control gubernativo, control jurisdiccional- con que la ley ha dotado a la comunidad, para ser aplicados cuando se estime que la administración ha violentado su sendero de legalidad y procedido por senderos no autorizados.

100. Betti, Emilio. *Op. cit.*, *supra* nota 80, pp. 314 y 315.

Por otra parte, las autoridades poseen los medios necesarios -administrativos y jurisdiccionales de fuerza, en casos excepcionales- para que los particulares acaten la legalidad.

4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRESUNCION DE LEGALIDAD

Al identificar las características y el concepto del principio de la legalidad, sostenemos que éste se estructura en el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores -bloque jurídico- previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior que la legalidad así entendida, no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, en nuestro concepto, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo.

De esta manera y partiendo del hecho de la total sumisión de la administración a las normas previas que regulen su actuación, lo mismo que la proyección de las mismas a la expedición de los actos administrativos, la doctrina moderna ha venido sosteniendo el denominado principio de la "presunción de la legalidad de los actos administrativos", lo cual no es más que una prolongación de la legalidad al mundo de la eficacia del acto. Legalidad que se presume cuando el acto pasa al mundo de lo ejecutorio. Por tal virtud, se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y según las palabras de Escola: "Se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto"¹⁰¹. Mientras no se demuestre lo contrario.

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad

101. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, pp. 65 y 79.

preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias, entre las más importantes, la de la ejecutoriedad del mismo.

Pero, como lo advertimos, la presunción de legalidad no es absoluta y admite prueba de lo contrario. Es por naturaleza revisable. Nos atrevemos a no dudarle; no frente a una estricta e impenetrable presunción de derecho *-juris et de jure-*, sino ante una noble y amplia presunción de ley *-juris tantum-*, que admite probar o desvirtuar, por los trámites determinados en la misma ley, la validez y eficacia del acto en cuestión¹⁰². (Art. 66 Código Civil Administrativo).

Tratándose de los actos administrativos, se está suponiendo que éstos, por tratarse del resultado del ejercicio de precisas o amplias potestades legales, han reunido en su proceso elaborativo la totalidad de requisitos y presupuestos que el ordenamiento ha determinado, por lo que debe considerarse que son plenamente legales. Legalidad que se desvirtúa si se logra establecer que en la realidad no concurrieron verdaderamente los elementos esenciales para el nacimiento del acto¹⁰³.

El Consejo de Estado, al ocuparse de esta presunción, señala que la misma le concede al acto administrativo -general o particular-obligatoriedad, imperatividad y oponibilidad, mientras dicha presunción no sea destruida mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, y generen la totalidad de sus efectos jurídicos en tanto no sean declarados nulos por los tribunales competentes.

102. Sobre la naturaleza *juris tantum* de la presunción de legalidad de los actos administrativos, pueden consultarse, entre otros autores, a los siguientes: Fraga, Gabino. *Op. cit.*, p. 275. García de Enterría y Fernández. *Op. cit.*, pp. 487 y 488. Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, pp. 117 y 118. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 69; Nava Negrete, Alfonso. *Op. cit.*, *supra* nota 80, p. 405.

103. Consúltese las sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, casaciones de 30 de julio de 1939 y 14 de diciembre de 1950, lo mismo que la sentencia de la Sala de negocios generales del 22 de julio de 1943; publicadas en Ortega Torres, Jorge. *Código Civil*, con notas, concordancias, jurisprudencias de la Corte Suprema y normas legales complementarias, Bogotá, Editorial Temis, 1984, pp. 81 y 82.

Precisamente las decisiones administrativas tienen vida jurídica mientras no sean anuladas o suspendidas por la jurisdicción contenciosa administrativa¹⁰⁴.

5 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO COLOMBIANO

Colombia, desde 1886, adoptó constitucionalmente la forma unitaria de organización política, principio que se reitera en la Constitución política de 1991¹⁰⁵. Este sistema de centralización de poderes y funciones implica, dentro de la estructura ideada -y que aún se mantiene intacta-, un claro juego entre los fenómenos de descentralización y desconcentración que acarrea consecuencias específicas tratándose del principio de la legalidad.

De acuerdo con la fórmula ideada por los constituyentes colombianos, se centralizó la totalidad de los poderes públicos -Legislativo, Judicial y Ejecutivo- a nivel nacional. No obstante, se consagró que esta última rama del poder se descentralizaría en su función administrativa en favor de las entidades territoriales creadas o en otras que se llegaren a crear (Arts. 1 y 285 Constitucional) conservando, sin embargo, el Ejecutivo nacional, el poder de gobierno o de la decisión política. De aquí que en materia de administración pública colombiana, se plantee que su naturaleza emana del resonado y conjugado precepto de la "centralización política y la descentralización administrativa".

104. Puede consultarse la tendencia actual del Consejo de Estado colombiano sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos, entre otras, en las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 25 de septiembre de 1961, núms. 392-396, tomo LXIII, pp. 241 y ss.; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 30 de marzo de 1967, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez, Anales del Consejo de Estado, 1967, primer semestre, núms. 413-414, tomo LXXII, pp. 239 y ss.; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de mayo 19 de 1975, C.P. Carlos Portocarrero Mutis, Anales del Consejo de Estado, 1975, primer semestre, núms. 445-446, tomo LXXXVIII, p. 297.

105. Desde el 5 de agosto de 1886 -para los altos poderes- y desde 30 días después de su publicación en el Diario Oficial -para la nación-, hecho que ocurrió el 7 del mismo mes, empezó, de acuerdo al artículo 0 de las disposiciones transitorias, a regir la Constitución para la República de Colombia de 1886. La Constitución Política de 1991, entró a regir conforme el Artículo 380. "...a partir del día de su promulgación...", que lo fue el día 4 de julio de 1991.

Por lo que respecta al Poder Legislativo, éste sólo puede ser ejercido por un Congreso Nacional, único facultado en el país para proferir leyes, descartándose la posibilidad que esta función específica fuere ejercida por las entidades territoriales.

El Poder Judicial, *a contrario sensu*, se desconcentró en tribunales y juzgados que aplican justicia en las diferentes entidades del país a nombre de la nación colombiana.

El principio de la centralización política y descentralización administrativa, que es el que nos interesa, por corresponder directamente al ejercicio de la función administrativa, implica el otorgamiento a las entidades territoriales de precisas potestades para ser ejercidas, a su propio nombre y bajo su directa responsabilidad, por un gobernador y una entidad corporativa, esta última de elección popular, denominada Asamblea Departamental, en el caso de los departamentos. Un alcalde y una corporación, ambos de elección popular -Acto Legislativo No. 1 de 1986, incorporado a la Constitución política de 1991-, para el caso de los municipios.

La centralización política y descentralización es positiva por cuanto implica la existencia de una sola Constitución política para toda la nación -norma superior originaria en la concepción kelseniana-. De ella debe desprenderse en forma coordinada, en unos casos pasando por la ley, en otros directamente desarrollando el mandato constitucional, la totalidad de las manifestaciones voluntarias de los órganos administrativos, nacionales, y de las Entidades Territoriales. Precisamente el artículo 4 Constitucional, al cual hicimos mención al inicio de este capítulo, es una consagración normativa de esta expresión de la legalidad en el Estado unitario, que solo acepta un sistema jerarquizado, para la estructuración de su pirámide jurídica, las entidades departamentales, municipales, intendenciales o comisariales¹⁰⁶.

106. Para efectos del principio de legalidad en derecho colombiano, consúltese, entre otros, el interesantísimo artículo del profesor antioqueño, Jesús Vallejo Mejía. *Op. cit.*, pp. 41-43. Asimismo, Duque Pérez, Jairo. "Violación de la ley como causal de nulidad del acto administrativo", en *Estudios de derecho*, Medellín, vol. XXX, núm. 79, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, marzo de 1971, pp. 135 y 136.

Tratándose del concepto específico del bloque de la legalidad, desde 1887 se viene hablando en derecho colombiano de su necesidad para referirse a una amplia acepción del principio de legalidad. Precisamente la Ley 153 de aquel año, preceptuó en sus artículos 4 y 5 que: “Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en los casos dudosos. La Doctrina Constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”. “Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes”.

Por último, es preciso señalar la forma cómo la administración pública colombiana debe solucionar por mandato de la ley los conflictos que se le puedan presentar en sus diferentes niveles, con las diferentes clases de normas que deba aplicar. Al respecto, señala el artículo 240 de la Ley 4 de 1913 que:

El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: La Ley, el Reglamento Ejecutivo y la orden del superior. El orden de preferencia en disposiciones contradictorias en asuntos departamentales será el siguiente: Las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del gobernador y las órdenes de los superiores. En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: Las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del alcalde y las órdenes de los superiores... Si el conflicto es entre leyes u ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y entre las órdenes de los superiores se prefiere la del de mayor categoría.

A lo anterior habría que agregar el contenido de los códigos de regímenes departamental y municipal -Decretos 1222, 1333 de 1986 y Ley 136 de 1994-, lo mismo que las normas vigentes sobre el régimen de la nación existentes en la Ley 4 de 1913, “Código de Régimen Político y Municipal”.

CAPITULO QUINTO
PROCESO ADMINISTRATIVO.
PROCEDIMIENTO DE FORMACION DEL ACTO

1. El proceso administrativo	118
- Razones para su incorporación	118
- Proceso. Procedimiento	120
- Proceso Administrativo. Proceso Contencioso Administrativo	124
- Objeto y finalidad del proceso administrativo	125
2. Fases del procedimiento administrativo	126
3. Principios orientadores del proceso administrativo	128
- Principios constitucionales	129
- Principios del artículo 209 Constitucional	137
- Principio de economía	137
- Principio de la celeridad	138
- Principio de la eficacia	138
- Principio de la imparcialidad	138
- Principio de publicidad	139
- Principio de la contradicción	139
- Principio de la moralidad	140
4. Procedimiento de formación del acto en Derecho Positivo colombiano	141
- Características generales	141
- Características especiales	142
- Procedimientos especiales	142
- Instituciones financieras	142
- Entidades territoriales	144
- Derecho de petición	144
- Carácter general del Código Contencioso Administrativo	145
5. Sujetos del procedimiento administrativo	146

CAPITULO QUINTO

PROCESO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMIENTO DE FORMACION DEL ACTO¹⁰⁷

SUMARIO: 1. El proceso administrativo. Razones para su incorporación. Proceso. Procedimiento. Proceso administrativo. Proceso Contencioso-Administrativo. Objeto y finalidad del proceso administrativo. 2. Fases del procedimiento administrativo. 3. Principios orientadores del proceso administrativo. 4. Procedimiento de formación del acto en derecho positivo colombiano. Características generales. Características Especiales. Procedimientos Especiales. Instituciones financieras. Entidades territoriales. Derecho de petición. Carácter general del Código Contencioso Administrativo 5. Sujetos del procedimiento administrativo.

107. Vid, Andueza, José Guillermo. "El derecho de petición en la Ley Orgánica de Procedimientos", en *Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración*. Universidad Central de Venezuela, vol. IV, 1980-81, pp. 107 y ss.; Brewer-Carias, Allan-R. "Ley Orgánica...", *op. cit.*, *supra* nota 56, pp. 179 y ss.; Cassagne, Juan Carlos. La ejecutoriedad del acto administrativo (tiene varios artículos con este título); Cretella Junior, José. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 387 y ss. De Vilanova Monteiro, López, Tomás. "A execucao forçada do ato administrativo unilateral", en *Revista do Serviço Público*, voz 80, Riode Janeiro, núm. 3, setembro 1958, pp. 278 y ss. Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de derecho administrativo*, pp. 545-575; Escola, Héctor Jorge *Op. cit.*, *supra* nota 31. Fraga Gabino. *Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa. S.A. México D.F. 1986. Fiorini, Bartolomé A. *Derecho administrativo*, tomo II, pp. 347-439 y 529 a 550. García Oviedo y Martínez Useros. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 40-99. González Navarro, Francisco. *Op. cit.*, *supra* nota 60. González Rodríguez, Miguel. *Derecho contencioso administrativo*, pp. 1-43, y *Derecho procesal administrativo*, *op. cit.*, *supra* nota 59. López-Nieto y Mallo, Francisco. *Op. cit.*, *supra* nota 37, pp. 15-21, 257, 269 y 295; Merkl, Adolfo, 1975, pp. 278-294; Moles Goubet, Antonio. Introducción al procedimiento administrativo", en *Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, vol. IV, 1980-81, pp. 16 y ss. Rachadell, Manuel. *Las garantías de los administrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, pp. 84 y ss. Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 182 y ss. Vidal Perdomo, Jaime. "Principios generales que rigen la nueva legislación contenciosa-administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, núms. 65, Universidad Pontificia Bolivariana, abril-junio de 1984, p. 103.

1. EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Razones para su incorporación

Estudiado el principio de legalidad de la actividad estatal, principalmente su aplicación a los desarrollos dinámicos de la función administrativa, no queda más que concluir, que cualquier acercamiento del servidor público al cumplimiento de los cometidos estatales establecidos en la norma jurídica, implica la concreción del mandato o la competencia formal y sustancial a lo previsto en el ordenamiento positivo, de lo contrario las decisiones que emanen de este complejo ejercicio se producirían con serios reparos en su validez.

El estricto cumplimiento de la legalidad implica, por lo tanto, garantías y certezas para los involucrados en las actuaciones estatales. Mutuas garantías del cumplimiento de las finalidades asignadas a los entes públicos y la certeza en cuanto a los sujetos activos capacitados o competentes para decidir. En este sentido, de tiempo atrás, se viene sosteniendo en la teoría administrativa, la necesidad de incorporar para el cabal cumplimiento de la legalidad, un elemento adicional, pero estelar, en procura de la seguridad jurídica en la actividad administrativa. Se trata del proceso. Institución esta desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que había sido extraña, al eficaz encauzamiento de la actividad administrativa.

Como sostiene el profesor Cassese^{107A}, la ciencia jurídica ha ignorado este aspecto fundamental, cual es el proceso, solo interesándose por los actos finales y no por las secuencias anteriores a las decisiones administrativas, quizás un poco influenciada por las elaboraciones ius-privatistas, en donde los actos preparatorios, escasamente son de alguna importancia, e igualmente por criterios inediatistas, que hacen más importante la decisión final para efectos jurisdiccionales.

^{107A}. Cassese Sabino. *La base del Diritto Amministrativo*; scientifica Eunadi, Torino, 1993. p. 236.
“...L'altro Motivo era L' 'influenza dell' 'approccio privatistico. Ora, Nel diritto privato, I Modi di formazioni della volontà sono irrilevanti o scarsamente rilevanti...”.

La importancia del acercamiento de la administración al proceso es tan grande, que en la práctica la legalidad sólo podría garantizarse en la medida del establecimiento de reglas claras sobre el comportamiento de los órganos y de los voceros del Estado. En otras palabras, el proceso aplicado a la administración pública constituye el elemento dinámico y cotidiano que garantiza decisiones conforme al ordenamiento jurídico^{107B}.

Se afirma por la doctrina que los desarrollos positivos de los procedimientos, encauzan los postulados y derechos fundamentales, cuando de relaciones entre la administración y los particulares se trata. Sostiene precisamente el Profesor Dromi que resulta indispensable que "...el ordenamiento jurídico procesal facilite los medios para el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales, y entre ellos el procedimiento administrativo es la herramienta más idónea como reaseguro contra los desbordes del obrar de la administración..."^{107C}.

El tratadista español Jesús González Pérez, es un poco más explícito al justificar la existencia de un proceso y de un procedimiento administrativo. Traslada el fenómeno a los estadios de la autodefensa y la autocomposición, para demostrar cómo estos mecanismos encauzadores no son otra cosa que el freno institucional a la arbitrariedad. "...el procedimiento administrativo surgió como una garantía del administrado frente al ejercicio de la autodefensa administrativa. Ya que la administración ostenta esos privilegios exorbitantes, se dijo, sometamos al menos a unas normas formales su ejercicio. De aquí que se haya hablado de **una autodefensa procesalizada...**"^{107D}.

107B. Cassese Sabino. *Op cit; supra* p. 237.

107C. Dromi, Jose Roberto. *Op. cit.*, tomo II; *supra* nota No. 2. Fraga Gabino. *Derecho Administrativo*; editorial Porrúa, México 1986, p. 254: "...El acto administrativo requiere normalmente para formación estar precedido de una serie de formalidades y otros actos intermedios que den al autor del propio acto la ilustración e información necesarias para guiar su decisión... al mismo tiempo que constituyen una garantía de que la resolución se dicta, no de un modo arbitrario, sino de acuerdo con las normas legales..."

107D. González Pérez, Jesús. "Las prerrogativas de la administración en el procedimiento administrativo" publicado en *Procedimiento Administrativo*; ed Uasta Tucumán 1982 p. 91.

Desde el punto de vista del Derecho Positivo nacional esta necesidad ha estado latente en los últimos años, no solo con la vigencia del Código Contencioso Administrativo, sino también, con la Constitución Política de 1991 que obliga prácticamente al legislador a establecer garantías suficientes de naturaleza procesal, para hacer efectivos los derechos ciudadanos. El art. 29 Constitucional en concordancia con el 209 es un ejemplo típico de la urgencia que encuentra el constituyente de aportar normas procesales para la actividad administrativa.

Lo anterior implica aceptar que el derecho administrativo moderno incorpora como una necesidad inaplazable el proceso al estudiar la teoría del acto administrativo, en especial a las instancias de su formación. Es decir, que estamos incursos en un fenómeno de proceso jurídico, que explica los principios y conceptos garantizadores de los derechos de quienes se involucren en la formación de toda decisión de la administración. Es por esta elemental razón que el inicio de cualquier estudio sobre la materia implica un acercamiento tanto material como formal a la teoría general del proceso, de la cual el proceso administrativo es una de sus ramas. En este sentido, siguiendo a Merkl, consideramos que el "Derecho procesal administrativo no es más que un caso particular del Derecho procesal y el procedimiento administrativo un caso particular del procedimiento jurídico en general"¹⁰⁸.

Proceso. Procedimiento

El proceso, en sentido general, ha sido entendido como el conjunto de actos interrelacionados entre sí y caracterizados por su naturaleza eminentemente teleológica, en la medida que busca la realización de un fin determinado. Desde esta óptica, y tratándose de la función administrativa, el proceso sería aquel acervo de actuaciones administrativas coordinadas y orientadas a la producción de una decisión de quien ejerce funciones administrativas. El procedimiento, por su parte, lo entenderíamos como la especie motora de aquél. Todo proceso implica la existencia de uno o más procedimientos para

108. Cfr., Merkl, Adolfo. *Op. ult. cit.*, p. 279.

el logro de sus finalidades. El procedimiento no es más que el cauce o camino que debe seguirse para obtener lo que teleológicamente el proceso pretende. En este sentido y en sus relaciones con el proceso administrativo, el procedimiento administrativo sería toda sucesión formal de actos, que culmina en la expedición de un acto administrativo.

Los conceptos de proceso administrativo y de procedimiento administrativo, sostiene Moles Caubet, encuentran sus raíces en las elaboraciones de los teóricos del Estado de derecho. Precisamente uno de los fundadores del Derecho Administrativo francés, José María Gérando, en 1822 introduce el término de procedimiento administrativo para designar "las reglas de tramitación de los asuntos propios de la Administración como tarea preparatoria que ha de conducir a la decisión Administrativa..."¹⁰⁹.

No obstante, la que llama Vidal Perdomo "tendencia a la procedimentalización de la Actividad Administrativa"¹¹⁰, logra su formulación científica en la obra del profesor Merkl -teoría general del derecho administrativo-, más de cien (100) años después de las elaboraciones de Gérando. Considera Merkl que "todas las funciones estatales y, en particular, todos los Actos Administrativos, son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos"¹¹¹. Encontramos, por lo tanto, un procedimiento legislativo, uno jurisdiccional y otro administrativo, diferenciados entre sí por el objeto de la función a la que le sirven de sendero. En el fondo, agrega Merkl, "...toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo..."¹¹².

109. Cfr., Moles Caubet, Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 107, p. 16.

110. Cfr., Vidal Perdomo, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 107, p. 103. Cassese Sabino. *Op. cit.*, *supra* nota 107A. Francia Constitución 1958, define las materias sujetas a procedimiento administrativo. En Estados Unidos desde 1946, existe la "administrative Procedure Act".

111. Merkl, Adolfo. *Op. cit.*, p. 278.

112. *Idem*, p. 279.

En este sentido, destaca Merkl, el papel que desempeña la teoría general del proceso jurídico aplicada al derecho administrativo -derecho procesal administrativo-, como la suma que es de las reglas de producción de los actos administrativos, y el conocido procedimiento administrativo, como el conjunto formal de actos de que se vale el proceso para producir administrativo el "acto administrativo".

Enuncia asimismo, el autor, las que en su opinión son las justificaciones político-legislativas de la incorporación del procedimiento al derecho administrativo: estos pilares sustentadores se recogen en las siguientes ideas: a) La necesidad existente en el momento actual del derecho administrativo de articular sus aspectos materiales y formales; esto porque "...en la actualidad nos encontramos con grandes dominios de la administración, en los cuales el objeto se halla regulado jurídicamente, pero no así la forma de la administración..."¹¹³ y, b) El imperativo de proporcionar a los asociados las garantías de juridicidad indispensables para que no sean atropellados por la administración. El procedimiento administrativo no hace más que otorgar al individuo el camino cierto para tratar sus asuntos con la administración, y a ésta, las reglas de conducta para formar legalmente sus decisiones frente a los interesados o ante el conglomerado en general. "... La necesidad de observar ciertas formas, tales como las que establece el derecho administrativo formal, se considera con razón una garantía de que el contenido se adapta a la norma..."¹¹⁴.

No obstante la claridad con que algunos sectores de la doctrina han expuesto y justificado la razón y la necesidad de establecer procedimientos a la actividad administrativa, acudiendo a la teoría del proceso, involucrando al procedimiento como elemento fundamental del acto administrativo, otros sectores han considerado

113. *Idem*, p. 282. Puede completarse esta idea en el estudio de Jesús González Pérez, enunciado en la nota 107 d.

114. *Idem*, p. 283. Véase sobre este aspecto a Gabino Cassese. *Op. cit.*, *supra* nota 107 A; "El procedimiento resulta importante en cuanto establece límites a la actividad administrativa..."

que el procedimiento no es elemento indispensable de este fenómeno. Motivo éste por el que consideran que no es exacto que el procedimiento sea un concepto predicable de las decisiones de la administración¹¹⁵. No compartimos el anterior planteamiento. Los fenómenos procesales deben ser siempre estudiados a la luz de sus concepciones genéricas, -teoría general del proceso- siendo el Acto, el indiscutible resultado del agotamiento de instancias y actos previos, pues su formación debe estar dominada por los principios y conceptos que dominan la ciencia jurídica del proceso.

De entrada debemos anotar que doctrinariamente no existen mayores diferencias entre los conceptos emitidos, a propósito del fenómeno que nos ocupa. Es decir, se acepta de ordinario que el procedimiento administrativo no es sino la forma jurídica en que actúa la administración, su *modus procedenti*, instituido previamente para que, a través de él, la administración profiera sus actos administrativos.

De esta idea se ha deducido que la legalidad de la actuación administrativa, en la medida en que es esta vía la que debe transitarse para llegar al acto administrativo, no se encuentra a la libre elección de los órganos correspondientes de la administración pública y ha debido ser prevista de manera general o particularmente por normas superiores.

Visto lo anterior, y reiterando las elaboraciones doctrinales, entendemos por procedimiento administrativo el sendero preestablecido legalmente, y que consiste en trámites y formalidades, a los cuales deben someterse las autoridades administrativas en ejercicio de sus actuaciones, tendientes a la producción de actos administrativos, para que éstos en su formación obedezcan a una trayectoria garante de los derechos de los interesados y de la comunidad en general; lo mismo que de las ritualidades tendientes a impedir la arbitrariedad o el incumplimiento de los fines sociales y el interés general.

115. González Navarro, Francisco. "La prueba en el procedimiento administrativo", en *Procedimientos administrativos especiales*, Madrid, Vol. II, ENAP, 1969, p. 21.

Proceso administrativo. Proceso contencioso-administrativo

Resulta frecuente encontrar autores que utilizan indistintamente los términos de proceso administrativo y proceso contencioso-administrativo. En el derecho colombiano resulta absurdo incurrir en este tipo de error. Entre nosotros, el proceso contencioso-administrativo no es más que el proceso judicial que se sigue ante jueces especializados de la jurisdicción contencioso administrativa; mientras que el proceso administrativo se surte ante funcionarios de naturaleza administrativa, tanto del Poder Ejecutivo como de otros poderes con estas funciones.

El diferenciar los contenidos de estos dos institutos, no constituye, como algún sector de la doctrina pretende llamarlo, "problema terminológico". Por el contrario, nos encontramos ante dos conceptos de caracteres, naturaleza y principios completamente diversos, aunque dependientes, como ramas especializadas del tronco común denominado proceso; razón que nos impide asimilarlos, pero que, en la práctica, de cierto modo se complementan, en la medida que el proceso administrativo resulta en algunos casos presupuesto indispensable para el ejercicio del contencioso-administrativo, como puede ocurrir en las relaciones entre la vía gubernativa y las acciones de naturaleza individual como la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por derecho procesal administrativo se entiende el conjunto coordinador de reglas y principios reguladores del procedimiento seguido por los órganos administrativos, en ejercicio de la función administrativa, que persigue la estructuración de una decisión. Por su parte, el derecho contencioso-administrativo comprende el conjunto de normas y principios reguladores de los procedimientos que han de seguirse ante los tribunales jurisdiccionales especializados, para resolver las diferencias, controversias o litigios suscitados entre la administración pública y sus contradictores.

El proceso administrativo se adelanta entre órganos de la Administración, y si bien es cierto que brinda las mismas garantías de los procesos judiciales, en últimas quien decide es un representante de

una de las partes interesadas, esto es, la administración. No es litigioso. Es una verdadera acción administrativa, tendiente a ejecutar finalidades también administrativas. El proceso contencioso, busca restablecer un derecho subjetivo administrativo.

Objeto y finalidad del proceso administrativo

El objeto del proceso administrativo es, en últimas, el acto administrativo. Asunto éste, fácilmente deducible de los aspectos expuestos en los puntos anteriores¹¹⁶. En este sentido la finalidad del proceso administrativo se puede asimilar a un triángulo en cuya base se encuentra el acatamiento al principio de la legalidad, en un lado se encuentra la garantía del respeto a los intereses particulares relacionados procesalmente con la administración -o de la comunidad en general, según el caso-, y en otro lado del triángulo el cumplimiento, los cometidos estatales del bien común y el interés general. En la práctica, podemos decir que estos tres aspectos constituyen la finalidad del proceso administrativo.

El principio de legalidad constituye finalidad indubitable del proceso administrativo, en la medida en que, como lo señala Brewer-Carías, estructura la piedra angular a la cual ha de someterse la administración para que sus actuaciones y manifestaciones estén acordes con el ordenamiento jurídico¹¹⁷. En este sentido, debemos entender que la legalidad de la administración constituye la finalidad inmediata del proceso administrativo¹¹⁸.

116. Resulta indispensable indicar la íntima relación existente entre el concepto de actuación administrativa y proceso administrativo, términos para el caso sinónimos. Razón que implica que no aceptemos la tesis de que el objeto inmediato del proceso administrativo lo constituya la actuación administrativa, por cuanto al hacer tal afirmación estaríamos penetrando en una perfecta tautología. para el caso, diríamos más bien que el objeto de la actuación como del proceso administrativo es el mismo.

117. Brewer-Carías, Allan R. "Ley orgánica...", *Op. cit.*, *supra* nota 56, p. 179.

118. Moles Caubet, Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 107, p. 18: "...el procedimiento administrativo tiene por objeto asegurar el cumplimiento del principio de legalidad en toda su extensión..."

El determinar la certeza de los pasos a seguirse por la administración, garantiza al particular su derecho al debido proceso, lo mismo que el consecuente respeto a sus derechos subjetivos, dando de esta forma plena acogida a los mandatos constitucionales del respeto al bloque de la legalidad. Por otra parte, el proceso busca igualmente la adecuación de sus normas al cumplimiento de la finalidad general del Estado, el bien común y el interés general. Principios éstos expuestos en los artículos 2, 123 inciso 2 y 209, Constitucionales, y que constituyen la base del elemento finalístico del acto administrativo. En últimas, el proceso administrativo, no es otra cosa que la vía sustancial del procedimiento por seguir para lograr una plena manifestación de voluntad de la administración.

El legislador colombiano reunió precisamente esta tendencia a identificar estos elementos del proceso administrativo, en el artículo 2 del Decreto 01 de 1984; al determinar allí que: “Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por finalidad 1.- ‘El cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes’. 2.- ‘La adecuada prestación de los servicios públicos, 3.- ‘La efectividad de los Derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley’ “. Estos elementos los destacaremos al tratar sobre los principios de las actuaciones administrativas.

2. FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo se caracteriza por ser unitario pero con etapas perfectamente delimitadas en el ordenamiento positivo. Etapas que podríamos, de acuerdo con la naturaleza de su objeto, denominarlas de formación del acto o procedimiento de la legalidad y una etapa posterior también de carácter administrativo, pero que no se refiere propiamente a la conjunción de elementos para el nacimiento del acto y que será de carácter posterior y tendiente a la eficacia del acto o decisión adoptada por la administración. Esta etapa de ejecución, que resulta indiscutible por su carácter administrativo, es impulsada por las autoridades de esta función estatal y es conocida tradicionalmente como de la operación administrativa pero no será por ahora objeto de nuestro estudio. En el capítulo noveno retomaremos algunas de sus peculiaridades, mas por ahora nos

ocuparemos del fenómeno preliminar a la decisión administrativa, cuya fase tradicionalmente ha sido considerada como el verdadero procedimiento administrativo.

Dentro de este proceso de formación de la decisión administrativa podemos diferenciar tres momentos perfectos.

El primero comprende las formalidades y ritualidades propias de la estructuración de la decisión administrativa. Este momento es conocido como de la actuación administrativa. El segundo momento comprende los procedimientos por seguir en aquellos eventos en que los afectados con los pronunciamientos que hemos indicado, impugnan ante la misma administración sus decisiones a través de medios legalmente reconocidos (recursos ordinarios y extraordinarios) y con el fin de que ésta los aclare, modifique o revoque. Esta etapa es conocida como de la vía gubernativa. El tercer momento es la etapa en que la administración publicita sus decisiones. Es conocido este momento como el procedimiento de notificación o publicación. Actuaciones estas que, de acuerdo con la tesis que se adopte, pueden considerarse integrantes de la legalidad del acto, o de la eficacia del mismo. (Véase lo expuesto en el Capítulo 3o. de esta obra a propósito de la exteriorización de las decisiones de la administración).

En derecho positivo colombiano, hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984, se presentaba el problema de que la ley reglamentaba la segunda y tercera de aquellas fases. Como enseña Tafur Galvis, "... entre nosotros el procedimiento comenzaba cuando normalmente terminaba y debía terminar. Comenzaba con la notificación de los Actos, de las decisiones de la Administración..."¹¹⁹.

Efectivamente, el Decreto 2733 de 1959 -norma vigente hasta 1984- regulaba tan sólo el derecho de petición y la vía gubernativa, la cual, obviamente, sólo podía iniciarse mediante un recurso contra una decisión; pero omitía referirse al procedimiento de formación de esa decisión. Esta situación fue remediada oportunamente por el legislador

119. Tafur Galvis, Alvaro. "El concepto de acto...", *op. cit.*, *supra* nota 20, p. 182.

de 1984, quedando en consecuencia nuestro ordenamiento procesal administrativo dotado de instrumentos plenos para la formación del acto. De esta manera, la expresión “procedimiento administrativo” que utiliza el nuevo Código tiene dos tapas claramente definidas y claramente determinadas: La primera, que llama de la actuación administrativa, es aquella que antecede a la decisión: y la segunda, que es la vía gubernativa del 2733, corresponde a la etapa de los recursos o trámite de los recursos como se conoce en otras legislaciones¹²⁰. No obstante esta claridad, resaltada por el profesor Vargas a la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984, resulta evidente que el legislador y la jurisprudencia vienen tratando a la notificación o publicación, en la práctica, como una especie de procedimiento intermedio de naturaleza administrativa.

3. PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

Los principios orientadores del proceso administrativo constituyen, sin duda, los postulados básicos de carácter jurídico que encauzan la interpretación e incluso la actuación y participación, tanto de autoridades como de los asociados en los procesos tendientes a la producción de un acto administrativo. En la práctica significa, para el proceso administrativo, el reconocimiento de elementos rectores controladores y eventualmente limitantes del ejercicio de los poderes estatales en los procedimientos administrativos, que procuran lograr el deseado equilibrio entre la autoridad y el ciudadano o simple interesado.

Del estudio del ordenamiento positivo se ubican dos fuentes precisas de los principios orientadores del proceso administrativo: La fuente constitucional y la legal. La primera como edificadora del ordenamiento, nos proporciona el punto de partida de la estructuración teórica de estos principios. Resume los conceptos fundamentales indispensables para cualquier aproximación a un estudio del

120. Vargas Ayala, Camilo *Op. cit.*, *supra* nota 107, p. 93.

fenómeno. La fuente legal, por su parte, no solo recoge lo expresado por el constituyente, sino que, a su vez, desarrolla aquellos principios indispensables para una debida aplicación de los mismos en el mundo de la realidad fáctica administrativa.

De origen constitucional, los derechos fundamentales constituyen la primera y principal base para la actuación administrativa. Son, en esencia, la columna y guía de todo tipo de actuación o procedimiento, su observancia no puede ser descartada nunca, tanto en procedimientos privados o públicos. No obstante y de manera especial dos disposiciones constitucionales son de nuestro interés: El artículo 29 que dispone que "...El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas..." y el artículo 209, que al recoger algunos de los principios ya establecidos en el Decreto 01 de 1984, indica lo siguiente "...la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...".

Principios Constitucionales

- **Debido proceso:** Establecido en nuestro derecho positivo por vía del artículo 29 Constitucional, se venía considerando desde antes de la vigencia de la Constitución de 1991, como la piedra angular de los procesos y procedimientos, razonamiento plenamente válidos. Lo que pretendemos, desde el punto de vista jurídico, es desarrollar un verdadero estado de derecho. En este sentido, durante la vigencia de la Constitución política de 1886, al texto del artículo 26 de dicha codificación se le entregó por la jurisprudencia el alcance de consagración del concepto garante del debido proceso. En reiteradas providencias, manifestó la Corte Suprema de Justicia, que en el texto del artículo 26 Constitucional se encontraba la esencia del debido proceso. "...Este concepto se hace derivar especialmente de las normas contenidas en el artículo 26, de la Constitución Nacional: "Toda persona debe ser juzgada conforme a la ley pre-existente al Acto que se impute, ante funcionarios judiciales competentes y cumpliendo todas las formas propias de cada juicio..."^{120 A.}

120A. Corte Suprema de Justicia; Sala plena. Sentencia de mayo 10 de 1983.

Pero en la práctica ¿cuál es el poder que posee este concepto para colocarse como rector de la actividad procesal administrativa? La respuesta ha venido siendo sustentada doctrinal y jurisprudencialmente. Para la doctrina, la institución es amplia y generosa en garantías para la administración y los administrados. Recoge los elementos pilares que hacen del proceso un verdadero mundo de igualdad y no de imposición. En este sentido se sostiene que por debido proceso debe entenderse la conjunción de garantías tales como: El ser oído antes de la decisión, participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación, ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas o motivadas; notificaciones oportunas y conforme a la ley; acceso a la información y documentación sobre la actuación; cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas. En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que, como lo anotábamos, buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo.

Se podrá agregar sin dubitación mayor, que no existiendo un preciso desarrollo normativo legal, las autoridades, por la sola existencia del principio, están en la obligación de garantizar la totalidad de elementos integrantes del concepto. No sólo por tratarse de un derecho fundamental constitucional, sino porque adicionalmente se trata de un principio general del derecho fundamental constitucional, y porque también se trata de un principio general del derecho, orientador de nuestro estado de derecho. La protección de la juridicidad no se logra en la medida de una excesiva reglamentación legal, sino en una oportuna aplicación de concepto como éste, que emana de la naturalidad de las relaciones procesales.

Gordillo, al tratar el problema, coincide con nuestro planteamiento. El fenómeno del debido proceso es la esencia misma del derecho, del

estado de derecho y de lo que a veces se ha dado en llamar "justicia natural"^{120B}.

Ahora bien, el principio no es predicable solo en nuestro sistema de derecho. Los anglosajones lo han desarrollado en procura de lograr los objetivos antes identificados, partiendo fundamentalmente de conceptos no positivos sino de simple justicia^{120C}.

Nuestro derecho para nada se aparta de los anteriores planteamientos. Es más, de la relación normativa integrada por los artículos 295, 93 y 214 Constitucionales, se concluye que este elemento orientador de nuestro estado de derecho no sólo implica su inmediata aplicación sin necesidad de mayores formalismos, sino que, independiente de las circunstancias políticas en que se pueda encontrar el país, la vigencia

^{120B}. Gordillo Agustín. "Principios fundamentales del derecho administrativo", publicado en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica II*, Ediciones Rosaristas 1986; p. 16 y 17. "...Por estas razones, aunque este principio no figurara en las leyes o reglamentos de procedimiento, corresponde de todos modos interpretarlo en el sentido de que tal principio es de aplicación por imperio de una norma superior de jerarquía constitucional. Más aún, incluso, que aunque normas positivas expresamente nieguen este derecho o lo cercenen... de todas maneras debe cumplirse..."

^{120C}. Sobre el ameno del concepto en el derecho anglosajón vale destacar la siguiente cita que el profesor Gordillo realiza en la obra señalada en la nota anterior. Nota tomada textualmente de: Dictámenes. T 39, p. 275: Doctrina administrativa uniforme. Para una comparación del reporte de 1932 y el emitido por el Francais Committee en 1957. Ver Decker. "Franz. The Donoughmore Report and the Fran's Report", en *Revista Internacional de ciencias Administrativas*, Vol XXIV, Bruselas 1958; No. 4; p. 453, y ss "...El principio enunciado tiene tanta ambigüedad como el hombre, a estar a lo que expresó en 1724 una Corte Inglesa en el famoso caso del Doctor Bently: "Hasta Dios mismo no sentó a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa. ¿Adán - dijo Dios - , dónde estabas tú? ¿ no has comido del árbol del que debías hacerlo?" (Wade R. Philips, *Constitutional Law*, 4 Ed. London 1946, p. 276) El Comité designado por el Lord Canciller de Inglaterra para estudiar la extensión de los poderes Ministeriales al emitir su informe de 1932, sostuvo de Acuerdo con Jurisprudencia de la Cámara de lores, el más alto Tribunal de aquel país, que los principios de la justicia natural eran de aplicación indispensable en materia de procedimiento administrativo, siendo el segundo de tales principios aquel que imponía no condenar sin oír a la parte....(Committe on Minister's Powers, Report, London, 1936 p. 76-80). Sobre el fundamento aportado por la emanada XIV de la Constitución acerca del debido proceso legal, entendido con sentido procesal, igual principio se aplica indubitablemente en el procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América (Hart, J. *An Itroduction to Administrative Law*. 1940. pp. 258 y ss; Schwarztz, B. *Procedural Due Process in Federal Administrative Law*, New York University Law Review, T25. pp. 52 y ss."

del principio se debe mantener. Los estados de excepción no pueden provocar por ninguna razón la suspensión de efectos del debido proceso. Los estados de excepción obedecen a situaciones excepcionales del estado de derecho, que de desbordar los cauces garantizadores del debido proceso, implicarían la desaparición de las mínimas condiciones de convivencia civilizada. Sería, como lo señala Jesús González, un retorno a los estadios de la autocomposición y autojusticia.

Nuestra jurisprudencia constitucional ha encauzado en estos sentidos, el concepto de debido proceso. En diversos pronunciamientos la Corte Constitucional se ha ocupado del tema, entregándonos importantes lineamientos de la Institución en lo que tiene que ver con su alcance y aplicación a los procedimientos administrativos.

En sentencia del 1 de agosto de 1992, sostuvo la Corporación lo siguiente respecto a su aplicación general: "...Esta incorporación del derecho al debido proceso de manera explícita en la Carta como derecho fundamental corresponde inconcusamente a la naturaleza de este último. En efecto: Los Derechos Fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por la racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve y, por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin las cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida... su juzgamiento debe respetar el debido proceso...".

"...Del artículo 29 Constitucional se establece, para efectos del presente caso, que la figura del debido proceso es aplicable a toda clase de actuaciones que se realicen en los estrados judiciales e igualmente es válido el debido proceso, para toda actividad de la administración pública en general, sin excepciones de ninguna índole y sin ninguna clase de consideraciones sobre el particular"^{120D}.

^{120D}. Corte Constitucional: Sentencia T. 496, 1 de agosto de 1992. Sala de Revisión No. 6 M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

En cuanto se refiere a su aplicación específica a las actuaciones administrativas en fallo posterior, la Corporación sostuvo lo siguiente: "...El artículo 29 de la Constitución consagra el derecho al debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Esta garantía procesal reconocida a la persona, tiene como finalidad que ella no pueda resultar sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozcan las oportunidades establecidas por la ley para intervenir y defenderse. La actuación administrativa que concluye en la adopción de un mecanismo o técnica para la facturación y cobro conjunto de servicios públicos no constituye un acto sancionatorio ni desconoce *per se* los derechos subjetivos de la persona.... una vulneración al debido proceso administrativo en esta materia sólo será posible cuando la ley, en el futuro, regule mecanismos imperativos que condicionen la adopción de medidas sobre la prestación de servicios públicos a la intervención efectiva de la comunidad a través de organizaciones de consumidores y usuarios..."^{120E}.

Los anteriores razonamientos de la Corte obtienen sus sustentos en la sentencia del 19 de septiembre de 1992, en la cual la Corporación delineó algunas de las características generales de la aplicación del debido proceso a las actuaciones administrativas y señaló en esta oportunidad lo siguiente: "... El artículo 29 de la Constitución política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Colombia, como estado de derecho, se caracteriza porque todas sus competencias son regladas. Por estado de derecho se debe entender el sistema de principios y reglas procesales según las cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo, por disposición de una norma. Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen. La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes

^{120E}. Corte Constitucional: Sentencia T 540, 24 de septiembre de 1992 Sala de Revisión No. 2 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los individuos y partes procesales... el debido proceso es el mayor celo en el respeto de la forma en los procesos sancionatorios. La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a la persona en su dignidad, su personalidad y su desarrollo; es por ello que existe una estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional..."^{120F}.

Desde el punto de vista de su contenido, la Corte ha reiterado lo siguiente: "...la garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (Art. 85) y consignada entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Arts. 10 y 11), en la declaración americana de los derechos y deberes del hombre proclamada el mismo año (Art. XXVI) y en la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas pre-existentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una Resolución que defina las cuestiones judiciales planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características. Todo ello descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible la imposición de penas o de sanciones administrativas. Dentro del marco jurídico trazado por la Carta 1991 ha perdido su razón de ser la discusión acerca de si el debido proceso es exclusivo de los trámites judiciales o si debe extenderse a los procedimientos y actuaciones que se surten ante la administración..."^{120G}.

120F. Corte Constitucional; Sentencia T. 521 septiembre 19 de 1992: Sala de Revisión No. 4 M.P. Alejandro Martínez Martínez Caballero.

120G. Corte Constitucional, Sentencias T 460, 15 de julio de 1992, y T-520, 16 de septiembre de 1992. C.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sala de Revisión No. 3.

“...De lo anterior se concluye que, habiendo sido tan claro el constituyente al cobijar los varios componentes del debido proceso dentro de un haz de garantías constitucionales y al haber expresado de modo terminante que aquél se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (subraya la Corte), excluir el principio mencionado, reservándole apenas los procesos penales implica aceptar el doble juzgamiento en las otras ramas del derecho, desatendiendo la otra letra nítida y el espíritu del mandato constitucional. Esta es una forma de proteger a la persona y una manera de brindarle certeza en los dictados de los jueces y de la administración. Es una garantía que prohíbe a las autoridades investigar, juzgar o condenar a una persona más de una vez por el mismo hecho respecto del cual ya se tramitó un proceso y se profirió una decisión, constituyéndose en elemento enderezado a realizar los valores de la justicia y la seguridad jurídica, al lado de otros principios-también fundamentales-como la presunción de inocencia y el derecho de defensa...”^{120H}.

Explicando su naturaleza indica la Corte lo siguiente: “...el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es, pues, una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. El derecho al debido proceso comprende no sólo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino también en el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentren en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver...”^{120I}.

^{120H}. Corte Constitucional; Sentencia T-520, 16 de septiembre de 1992; C.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sala de Revisión No. 3.

^{120I}. Corte Constitucional; Sentencia T-516; 15 de septiembre de 1992; Sala de Revisión No.5. M.P. Fabio Morón Díaz.

Se complementa el anterior fallo del Magistrado Morón Díaz, con las profundas apreciaciones que sobre el contenido del debido proceso, expuso el Magistrado Sanín, en su providencia del 26 de octubre de 1992: ".... El derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades y constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la nacionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales. El derecho al debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio del juez natural o legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales. Una vez se ha particularizado el derecho que garantiza un debido proceso, este adquiere el carácter de derecho constitucional fundamental, en beneficio de quienes integran la relación procesal. De esta manera, quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u omisión de la autoridad o de los sujetos de la relación procesal, podrá invocar y hacer efectivo los derechos que implícitamente hacen parte del debido proceso...^{120J}.

La anterior idea se reitera. Es decir, el carácter complejo del concepto de debido proceso es retomado por la Corte Constitucional, definiendo algunos otros aspectos que también hacen parte del mismo: "...El derecho fundamental al debido proceso es un conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones. Dentro de aquellas circunstancias se encuentran los medios, que el conocimiento jurídico denomina "Recursos", a disposición de los administrados para defenderse de los posibles desaciertos de la administración, bien sea irregularidad formal, injusticia o inconveniencia, hipótesis todas previstas en la Ley y que provocan con su uso la denominada "vía gubernativa", a fin de permitir a la administración la corrección de sus

^{120J}. Corte Constitucional Sentencia del 26 de octubre de 1992. M.P.: Jaime Sanín G.

propios actos mediante su modificación, aclaración o revocatoria, y, a los administrados, la garantía de sus derechos por aquella, sin tener que acudir a la instancia judicial..."^{120K}.

Principios del artículo 209 Constitucional

El debido proceso constituye, según lo visto, la piedra angular de las garantías y conceptos orientadores de las actuaciones administrativas, en la práctica de estructura como una fuente de alternativas para no violentar los derechos de los particulares y lograr la certeza, por parte de la administración, en cuanto a su conducta oficial. No obstante lo anterior, de tiempo atrás, el legislador había instituido algunos principios rectores, que con posterioridad la Constitución Política de 1991, los recogió parcialmente. En este sentido resultan como principios comunes entre el Régimen legal y el Constitucional los siguientes: Principios de economías, celeridad, eficacia, imparcialidad y publicidad. Y de estricto origen constitucional, el de moralidad; y de estricto orden legal, el de la contradicción. Para efectos de articular un estudio común de los artículos 209 Constitucional y 3 del Decreto 01 de 1984, analizaremos conjuntamente los anteriores principios.

Principio de economía

Se proyecta este principio tanto a los ámbitos temporales pecuniarios como materiales de la actividad administrativa. Se pretende con la aplicación de las normas de procedimiento administrativo que se agilicen las decisiones y, en consecuencia, que las actuaciones administrativas se cumplan en el menor tiempo posible. El procedimiento debe buscar, de igual modo, la disminución de los gastos en que puedan incurrir tanto el administrado como la administración, y desde el punto de vista material, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

^{120K}. Corte Constitucional, Sentencia 576, 28 de octubre de 1992. Sala de Revisión No. 5 M.P. Fabio Morón D. Véase también sobre el contenido del debido proceso la Sentencia T-552 del 7 de octubre de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz.

Principio de la celeridad

Pretende este principio que en la actividad administrativa, las autoridades impriman al procedimiento la máxima dinámica posible. En esta medida deberán ser los conductores oficiosos de las actuaciones administrativas; pudiendo suprimir todos aquellos trámites innecesarios y procurando en la medida de lo posible, utilizar formas impresas en aquellas actuaciones que por su estricta formalidad lo faciliten. La ejecución de este principio no puede ser motivo para que las autoridades se abstengan de considerar todos los argumentos y pruebas que los interesados aporten de manera legal y oportuna. La celeridad procesal implica, por otra parte, para los funcionarios, el cumplimiento de sus obligaciones procesales-administrativas; de lo contrario, y salvo justificación, estos serán responsables disciplinariamente.

Principio de la eficacia

Constituye claro principio de apoyo a la naturaleza teleológica del proceso y reafirma el concepto ya expuesto del carácter instrumental del procedimiento. El principio de la eficacia determina que, mediante su aplicación, se deberán tener en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, para lo cual las autoridades removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitando así llegar a decisiones inhibitorias. Se estipula en la reglamentación de este principio la trascendental medida -en nuestro concepto, aspecto práctico que se traduce en un impulso verdadero a la eficacia del procedimiento administrativo- de sanearse la vía administrativa. Es decir, -sanear tanto en la fase de actuación administrativa como en la de vía gubernativa- los vicios de procedimientos que se advierten durante la actuación.

Principio de imparcialidad

En virtud de este principio, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos es la de asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación, proporcionando a los ciudadanos igual trato y

respetando siempre el orden en que actúen ante ellas. Se relaciona indubitadamente con el elemento finalístico del acto administrativo, que invita al cumplimiento de los cometidos estatales por parte de la administración, y no a la consolidación de sistemas de actuación subjetivos, generadores evidentes de desviación de poder.

Principio de publicidad

Consiste simplemente en la elevación a “principio”, del aspecto ya estudiado de la exteriorización de las decisiones administrativas para que surtan efectos jurídicos. Dentro del contexto del estado de derecho, este principio no sólo es importante, sino trascendental. Implica que, por regla general, la actividad de la administración pública debe ser pública, clara y transparente. Negando la posibilidad de actuaciones o decisiones por fuera del conocimiento general, o que produzcan sus efectos jurídicos de manera sorpresiva frente a los sujetos pasivos. El principio, sin embargo, no es absoluto. El ordenamiento deja abierta la posibilidad de que en determinadas situaciones de excepción, existan documentos reservados, fundamentalmente por razones de defensa nacional o en los casos en que se encuentren involucrados derechos individuales. La Constitución y la Ley son las llamadas a definir las excepciones al principio de la publicidad.

Principio de la contradicción

Refiérese no al debate propiamente en la formación de la decisión, sino al debate posterior, permitiendo a los interesados utilizar los medios de la impugnación primeramente administrativos y posteriormente jurisdiccionales. La contradicción es consecuencia inmediata del debido proceso. Es más, constituye uno de los elementos que la doctrina y la jurisprudencia han identificado dentro del amplio concepto del debido proceso. Su existencia consolida los presupuestos de cualquier Estado organizado jurídicamente, en la medida en que implica la natural posibilidad de disentir de las decisiones administrativas, controvirtiéndolas no solo ante las mismas autoridades, sino también ante órganos imparciales, como los de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Principio de la moralidad

Llevar a norma positiva el principio de la moralidad, constituye no solo un error, sino el mayor de los despropósitos del constituyente. Convertir en norma jurídica la moralidad, implica distorsionar el sentido de las cosas y normativizarlo que por naturaleza es imposible circunscribir al mundo positivo. Vale aquí recordar lo expresado por el profesor Angel Latorre, sobre el problema de lo jurídico y lo moral. Mientras en el mundo de lo jurídico al establecerse una norma jurídica, se pretende formalizar una regla de conducta, "...que es un enunciado que establece la forma en que ha de ordenarse una relación social determinada, es decir, una relación entre dos o más personas...", con sanción prefijada en el mismo ordenamiento, en lo moral el problema es diferente: "...la norma moral supone la conciencia de un deber, de una conducta que hemos de observar. Su infracción lleva aparejado el reproche moral, es decir, el juicio de que no se ha hecho lo que se debía, el juicio de que esa conducta es mala...".

Mientras el derecho pretende garantizar un orden social y sanciona con la fuerza del Estado, la moral impone un orden personal que orienta las conductas del sujeto de acuerdo con sus convicciones. De aquí que las mismas puedan resultar indiferentes para el derecho. Pero el problema es aún más complejo. ¿Cuántos son los criterios morales que pueden existir? Indudablemente muchos, de aquí que su elevación a norma jurídica, no sea otra cosa que un absurdo^{120 L.}

Estos principios son indispensables en la interpretación y aplicación de las normas de procedimiento administrativo. Dice el artículo 3 del Decreto 01 de 1984, precisamente, que: "estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento".

^{120 L.} Latorre Angel. Introducción al Derecho. Editorial Ariel S.A. Barcelona p. 24

4. PROCEDIMIENTO DE FORMACION DEL ACTO EN DERECHO POSITIVO COLOMBIANO

Características generales

El régimen positivo colombiano de las actuaciones administrativas se caracteriza por la existencia de gran diversidad de procedimientos especiales -en su mayoría anteriores a las disposiciones generales sobre la materia- y un régimen de carácter general, que constituye la regla básica ante la inexistencia de procedimiento especial o la advertencia de vacío en la normatividad específica. Este procedimiento es el contenido en la primera parte del Decreto 01 de 1984¹²¹.

En nuestro ordenamiento, entre otros, son procedimientos especiales aquellos de carácter tributario que se siguen ante la Administración de Impuestos Nacionales; los agrarios que se siguen ante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y ante el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, de acuerdo con las leyes 200 de 1936, 135 de 1961, 4 de 1973. Los referentes a la propiedad industrial que se adelantan ante la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo con lo estipulado en el Código de Comercio y las decisiones del Acuerdo de Cartagena, adaptadas por las normas internas colombianas. Los mineros que se adelantan ante el Ministerio de Minas y Energía; los de Registro de Instrumentos Públicos que se surtan ante las oficinas de registros del país. Los disciplinarios adelantados por las entidades públicas o la Procuraduría General de la Nación, al igual que los de naturaleza fiscal adelantados por las Contralorías General de la República, departamentales y municipales, en donde existieran.

121. Artículo 1: Decreto 01 de 1984; Campo de aplicación: “las normas de esta primera parte del Código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, la Procuraduría General de la Nación, al Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del estado civil, así como a las entidades privadas, cuando uno y otros cumplan funciones administrativas... los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas, en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles...”.

Características especiales

Además de lo expresado en el punto anterior, nuestro procedimiento administrativo tiene tres características que lo hacen peculiar y eventualmente más ágil que los procedimientos judiciales; primero, es excesivamente rituado. Si bien es cierto que establece instancias y oportunidades de actuación, en líneas generales es más amplio para cumplir los objetivos y corregir los errores que en su dinámica se pueda incurrir. Segundo, su período probatorio por estas mismas razones, coincide en la práctica con la totalidad de la actuación. Y por último, en cumplimiento del debido proceso admite la necesaria intervención de terceros determinados o no en la actuación administrativa.

Procedimientos especiales

Además del gran número de procedimientos especiales, de los cuales ya hemos hecho relación con anterioridad, y que permiten sostener que nuestro sistema de procedimiento administrativo combina una regla general, contentiva de principios y normas rectoras, y un régimen de excepción, el Decreto 01 de 1984 deja abierta la posibilidad para otros tres tipos de procedimientos especiales. El primero, correspondiente a la ejecución de políticas monetarias, cambiarias y de crédito (artículo 80). El segundo, sobre el procedimiento que pueden establecer las autoridades de las entidades territoriales, para regular aquellos asuntos que sean de competencia de sus autoridades (Art. 81). Y el tercero, los ideados por los organismos del sector central o descentralizado, de cualquiera de los niveles para regir las actuaciones que se presenten en el ejercicio de sus funciones a través del derecho de petición. (Art. 32).

Instituciones financieras

Ha querido el legislador que tratándose de las instituciones financieras con participación mayoritaria de capital público éstas actúen como ejecutoras directas de las normas y políticas monetarias, cambiarias y crediticias, desempeñando facultades de naturaleza única o diferentes a las que las leyes y reglamentos confieren a las demás instituciones

del mismo género y se sujeten a unas normas excepcionales de naturaleza procedimental, con el fin de que sus actos surtan efectos de manera inmediata, como deben ser las respuestas del Estado frente a los conflictos de carácter económico. En la práctica, lo especial del procedimiento se limita a tres importantes aspectos: Considerar los actos expedidos por estas entidades, de ejecución inmediata, es decir, de efectos inmediatos, no sujetos a términos dilatorios de ejecutoria, como sucede en las reglas del procedimiento ordinario administrativo. Como consecuencia de este carácter, se establece que frente al ejercicio de la vía gubernativa, los recursos pertinentes se concederán en el efecto devolutivo, al contrario de lo que sucede en la generalidad del procedimiento administrativo, en donde se conceden en el efecto suspensivo. En segundo lugar, se reitera para estos procedimientos principios similares para lo establecido en el Decreto 01, es decir, lo referente al no ritualismo probatorio. Se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informes sin requisitos ni términos especiales.

Por último, la norma invita a que la vigilancia de este tipo de actuaciones, se someta al control de la Superintendencia Bancaria.

Si bien es cierto que este procedimiento resulta novedoso, en la práctica encontramos que es sólo en los efectos inmediatos de los actos donde existe variación sustancial frente al procedimiento ordinario. En los demás aspectos deberán aplicarse plenamente las disposiciones del Decreto 01 de 1984. (Art. 80 numerales 3, 4 y 5).

El artículo 80 del Código Contencioso Administrativo, fue objeto de control por parte de la Corte Suprema de Justicia, quien mediante sentencia de Sala Plena del 14 de julio de 1984, no sólo se pronunció sobre la inexecutable de los numerales 1 y 2 de la mencionada disposición, sino que también se ocupó del ámbito de aplicación de este procedimiento especial. Indicó la Corporación en aquella ocasión lo siguiente: "...El Art. 80, aunque redactado en forma que parece aplicable a varias instituciones financieras, se refiere a actos administrativos de una sólo institución, el Banco de la República, única entre las que el capital del Estado es mayoritario y hoy actúa como ejecutora en forma directa de las normas y políticas monetarias,

cambiarias y crediticias, desempeñando facultades de naturaleza única o diferentes a las que las leyes y reglamentos, confieren a las demás instituciones del mismo género. No se puede afirmar, sin embargo, que eventualmente tal artículo no sea aplicable a otras instituciones financieras de capital público mayoritario, ya que las siempre cambiantes condiciones de la economía nacional, pueden determinar el ejercicio, por parte de algunas de aquellas, de las tareas descritas, de modo no muy nítido en el inciso 1o. del Art. en referencia..."^{121A}.

Entidades territoriales

La segunda de las referencias del Decreto 01 de 1984 tiene que ver con los procedimientos especiales en asuntos administrativos, departamentales y municipales, casos en los cuales se aplicarán las normas generales, salvo en aquellos casos en que las ordenanzas o los acuerdos establezcan normas especiales en asuntos que sean de su competencia (artículo 81). Se trata de un reconocimiento a la autonomía de las Entidades Territoriales, para que de acuerdo con la complejidad de sus competencias, proyecten mecanismos procesales administrativos coherentes con sus necesidades. Se trata de una verdadera excepción al carácter general del Código Contencioso Administrativo. De todas formas, estos procedimientos no podrán ser ajenos a los principios constitucionales y legales que hemos anunciado como rectores de la actividad administrativa.

Derecho de petición

El Código Contencioso Administrativo deja abierta la posibilidad para que los organismos de la rama ejecutiva del poder público, las entidades descentralizadas del orden nacional, las gobernaciones y las alcaldías, reglamenten un aspecto del procedimiento administrativo, como es el del derecho de petición de los asuntos que sean de su competencia (artículos 1, inciso 2, de la Ley 58 de 1982, y 32, inciso 2, del Decreto 01 de 1984). La razón de esta decisión del

^{121A}. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena: Sentencia del 19 de julio de 1984.

legislador, radica en la especialidad de las materias que corresponden a los diferentes órganos de la administración pública. De esta forma se evita generalizar en asuntos que requieren de determinadas orientaciones para la petición original.

Carácter general del Código Contencioso Administrativo

La incorporación en el Código Contencioso Administrativo de un procedimiento en estricto sentido administrativo, como fenómeno anterior a lo jurisdiccional, obedeció a elementales razones de necesidad jurídica del país¹²². La parte primera del Decreto 01 de 1984 vino a llenar el vacío existente en la legislación anterior -Decreto ley 2733 de 1959-, en materia de actuación administrativa, no sólo cuando ella es el producto del ejercicio del derecho de petición de un particular, sino también en cumplimiento de un deber legal o, como sucede en la gran mayoría de los casos, de oficio.

En nuestro concepto, las normas contenidas en los títulos de la primera parte del Decreto 01 de 1984, son generales y aplicables con dicho carácter a todo proceso formativo de un acto, sin importar cuál sea el origen del mismo: sea una petición, el cumplimiento de un deber legal o no deber de oficio.

Comentando los motivos que llevaron al legislador a estructurar un procedimiento de carácter general, el profesor Vargas Ayala señala que el vacío en esta clase de reglamentación hacía dificultosa en muchos aspectos la marcha de la administración pública, por cuanto: ... surgió entonces la idea de buscar un procedimiento de carácter general que reglara la actividad de la administración, que le señalara

122. El profesor Jaime Vidal Perdomo, entonces Senador de la República, sostuvo en la ponencia para primer debate, al proyecto de Ley, "...por el cual se concedían facultades extraordinarias, al Presidente de la República, para reformar el Código Contencioso Administrativo" lo siguiente: "...no ha existido en Colombia una ley sobre este procedimiento gubernativo o administrativo general; es claro que disposiciones con fuerza de ley -y leyes propiamente dichas- y decretos reglamentarios, se han dictado para los llamados procedimientos especiales; así aparecen los complejos y detallados en cuestiones de impuesto de renta, aduanas, extensión del dominio o adquisición de bienes para programas de reforma agraria, para citar algunos ejemplos.

el camino para expedir cualquier clase de decisión... Ante este vacío que hemos resaltado, se trató, en la primera parte del código, lograr un procedimiento de tipo general que regulara esa actividad previa de la administración...¹²³.

Fenómeno diverso es aquel que invita a no aplicar procedimiento preliminar, es decir, estructurar una decisión sin actuación previa. Fenómeno excepcional es aquel en que el acto es de mera manifestación, con proceso formativo de la voluntad interna en el representante de la persona jurídica o del órgano del Estado; en estos casos le resulta imposible a la ley regular la etapa previa a la formación del acto; pero sí regula la legislación -para el caso el Decreto 01- y la perfección del acto para que quede en firme y pueda producir la magnitud de sus efectos. Ejemplo típico el que señala Sayaguez Laso, sobre el traslado de un funcionario exclusivamente por razones del servicio¹²⁴, y los especificados en los incisos 3 y 4 del art. 1 del Código Contencioso Administrativo. Procedimientos que requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público, en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas o el ejercicio de la facultad de libre nombramiento o remoción.

5. SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En el procedimiento administrativo se advierten tres tipos de sujetos intervinientes: El administrativo, el pasivo y los terceros determinados o indeterminados. El primero no resulta difícil identificarlo, se trata del órgano o persona que ejerce funciones administrativas. Es decir, en quien radica de manera directa o indirecta (delegación) la competencia para realizar el procedimiento y adoptar la respectiva decisión.

123. Cfr., Vargas Ayala, Camilo. *Op. cit.*, pp. 92 y 93.

124. Cfr., Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 464: "...la formulación de los Actos Administrativos está regulada de manera muy diversa. En algunos casos debe seguirse un procedimiento más o menos complejo, determinado de antemano; en otros casos no existen tales exigencias y basta que el órgano exprese su voluntad y la documente en forma legal..."

El segundo, es el que hemos denominado dentro de los elementos del acto, el sujeto pasivo de la decisión. Si bien es cierto que su voluntad no es llamada a formar la del ente administrativo, sí debe haber participado en la etapa previa de la decisión, como garantía de respeto a sus derechos, y en aras de consolidar el debido proceso.

El sujeto pasivo puede resultar no ser parte interesada. En este sentido el Estatuto, para evitar equívocos, ha diseñado la figura del tercero, o sujeto del cual se puede pensar que posee algún tipo de interés en los resultados de la actuación administrativa, por lo cual debe ser convocado al proceso, con el fin de garantizarles sus derechos procesales, y evitar alguna forma de nulidad de la actuación.

En tres disposiciones nuestro ordenamiento prevé la necesaria incorporación de los terceros al proceso. Al inicio de toda actuación, o durante su trámite según lo preceptuado en los artículos 14 y 15 del Código Contencioso Administrativo, donde además se clasifican en determinados e indeterminados. Los determinados, es decir, aquellos respecto de los cuales la administración concluye así sea del documento contentivo del derecho de petición o de los documentos que reposan en su poder, que tienen algún tipo de interés en la decisión final. Los indeterminados son aquellos que sin poder identificarse de manera especial, resultan igualmente con un interés específico, o por lo menos la administración llega a la convicción de que pueden existir. En estos casos es deber inaplazable convocarlos de manera general, en aras de la legalidad de la decisión final.

Un tercer caso de convocatoria a los terceros al proceso administrativo se desprende de la redacción del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, que sostiene que si al momento de la notificación de un acto administrativo, la decisión del mismo no afecta a quien promovió la actuación, sino a un tercero, deberá ser convocado, notificado y facilitarle la interposición de los recursos de ley.

CAPITULO SEXTO
INICIACION Y TRAMITE DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

1. Generalidades	150
2. Derecho de petición	150
- Persona interesada	153
- Mecanismos de presentación de la solicitud	153
- Características de la petición	154
- Modalidades de la petición	155
- Interés general y particular	155
- Petición de informaciones	156
- Limitaciones al derecho de petición de información	159
- Protección judicial de la petición de documentos	161
- Consultas	162
- Resolución de la petición	163
- Entidades objeto de la petición	166
3. Cumplimiento de un deber legal	166
4. Iniciación de oficio	167
5. Trámite y formación del expediente	168
- Formación del expediente y acumulación	169
- Trámite del derecho de petición	169
- Trámite en el ejercicio de un deber legal	174
- Trámite de la actuación por iniciación oficiosa	174
6. Conflictos de competencia administrativa	174
7. Régimen probatorio en las actuaciones administrativas	178
8. Adopción de decisiones en vía administrativa	182
- Decisiones fictas o presuntas en vía administrativa.	
Silencio administrativo	183
- Silencio negativo	185
- Silencio positivo	190

CAPITULO SEXTO

INICIACION Y TRAMITE DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS¹²⁵

Sumario: 1. Generalidades. 2. Derecho de petición. Persona interesada. Mecanismos de presentación de la solicitud. Características de la petición. Modalidades de la petición. Interés general y particular. Petición de informaciones. Limitaciones al derecho de petición de información. Protección judicial de la petición de documentos. Consultas. Resolución de la petición. Entidades objeto de la petición. 3. Cumplimiento de un deber legal. 4. Iniciación de oficio. 5. Trámite y formación del expediente. Formación del expediente y acumulación. Trámite del derecho de petición. Trámite en el ejercicio de un deber legal. Trámite de la actuación por iniciación oficiosa. 6. Conflictos de competencia administrativa. 7. Régimen probatorio en las actuaciones administrativas. 8. Adopción de decisiones en vía administrativa. Decisiones fictas o presuntas. Silencio administrativo. Silencio negativo. Silencio positivo.

-
125. Vid, Andueza, José Guillermo. "El derecho de Petición en la Ley Orgánica de Procedimientos", en *Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración*. Universidad Central de Venezuela, Vol. IV, 1980-1981-, pp. 107 y ss. Brewer - Carías, Allan R. "Ley Orgánica..." *op. cit. supra* nota 56, pp. 179 y ss. Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*, p.p. 545 - 575. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit. supra* nota 31. Fraga Gabino. *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa S.A., México D.F. 1986. González Rodríguez, Miguel. *Derecho Contencioso Administrativo*, pp., 1-43 y *Derecho Procesal Administrativo*, *Op. cit. supra* nota 59. Moles Coubet, Antonio. Introducción al Procedimiento Administrativo, en *archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración*, Caracas, Universidad Central de Venezuela. Vol. IV. 1980-1981 pp. 16 y ss. Vidal Perdomo, Jaime. "Principios Generales que rigen la nueva legislación Contenciosa Administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, Medellín, No. 65, Universidad Pontificia Bolivariana, Abril-Junio de 1984. p. 103.

1. GENERALIDADES

Estudiados los conceptos básicos sobre el Acto Administrativo y sus relaciones con el procedimiento, debemos acercarnos a las razones procesales que llevan, a quien ejerce funciones administrativas, a producir un acto decisorio, lo cual significa adentrarnos en la teoría de las fuentes de las actuaciones administrativas. El ordenamiento colombiano, en procura de garantizar una máxima protección ciudadana en esta materia, establece en el Art. 4o. del Código Contencioso Administrativo, las diferentes puertas de entrada al mundo de las actuaciones administrativas. La característica fundamental del sistema de iniciación del procedimiento administrativo, es el del abandono al carácter exclusivo de iniciación a la simple voluntad estatal, y el reconocimiento a las personas interesadas de acceso inmediato a las autoridades a través del llamado derecho de petición. Mecanismo de origen constitucional y con naturaleza de derecho fundamental. El artículo 4 del Decreto 01 de 1984, determina que las actuaciones administrativas pueden iniciarse: por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general; por quienes lo ejercitan, en interés particular; por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal, y por las autoridades, oficiosamente.

2. DERECHO DE PETICION

El derecho de petición es un derecho fundamental de origen constitucional, que posibilita el acceso de las personas a las autoridades públicas y privadas y obliga a éstas a responder prontamente a lo requerido por los solicitantes¹²⁶. El debido proceso para su aplicación ha sido desarrollado por el legislador no sólo en las normas generales del Decreto 01 de 1984, sino, también, en los diferentes procedimientos especiales que ya hemos enunciado. Desde este punto de vista, no sólo

126. Artículo 23 de la Constitución Política de Colombia: “toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, por motivos de interés general, o particular, y a obtener pronta resolución. El Legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

constituye un derecho, sino, también, una de las más claras garantías con que gozan los asociados en cualquier Estado organizado jurídicamente.

Como derecho fundamental, el derecho de petición significa que su aplicación consolida el Estado de Derecho, en la medida en que respeta aspectos básicos de la vida y la individualidad de las personas. Como garantía, implica las vías adecuadas para su oportuna aplicación y protección.

La Corte Constitucional de manera reiterada ha profundizado su carácter de norma fundamental de la vida política del Estado. Es más, su efectividad la liga de manera inevitable a las mismas razones que justifican la existencia del Estado. Se trata, indica la Corte, de uno de los... "derechos fundamentales cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente, el servicio a la comunidad, promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas..."¹²⁷.

Adicional a su carácter de derecho fundamental, resulta evidente, por las mismas razones, que desde el punto de vista específico este derecho puede ser calificado como subjetivo y concretamente como uno de los derechos subjetivos del derecho público. Es decir, que tiene directa relación con los intereses y razones de la persona frente al Estado y de las necesidades emanadas de la inevitable relación que se estructura en toda persona por el sólo hecho de habitar en un Estado, teniendo en consecuencia exigencias y deberes frente al mismo. La petición implica rompimiento del Estado inaccesible y ratificación del institucionalizado. En este sentido la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente: "...El Derecho de Petición, cuyo propósito es el de buscar un acercamiento entre el administrado y el Estado,

127. Corte Constitucional, Sentencia T- 012; 25 de mayo de 1992; Sala de Revisión No. 5; M.P. José Gregorio Hernández; Sentencia T- 503; 25 de agosto de 1992; Sala de Revisión No. 6 M.P. Simón Rodríguez.

otorgándole al ciudadano un instrumento idóneo con el cual acudir ante él en busca de una información o con el fin de que se produzca un pronunciamiento oportuno por parte del aparato estatal, es una garantía propia del sistema de gobierno democrático y manifestación de la soberanía popular..."¹²⁸.

Congruente con lo anterior, no queda difícil sostener que el derecho de petición constituye un verdadero derecho político, que al estatuirse constitucionalmente, faculta a toda persona para concurrir ante cualesquiera autoridades, exponiéndoles sus criterios o iniciativas, o solicitando de ellas su actuación en general o el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo. Menester es admitir, por lo tanto, la amplia posibilidad de acción que tiene el derecho de petición en la órbita de los poderes estatales, ya que puede ejecutarse ante todos los poderes públicos -ejecutivo, legislativo y jurisdiccional-, (ante este último, sólo en asuntos no relacionados con los procesos judiciales).

Confirman lo anterior, las afirmaciones del profesor Vidal Perdomo, cuando sostiene que el derecho de petición no es más que "... un derecho de presencia ante los órganos políticos del Estado, ante los que asumen las decisiones de carácter político y de otra índole... 'Constituye igualmente' ...un instrumento que supera las limitaciones de la democracia representativa..."¹²⁹.

Analizando el artículo 23 Constitucional, encontramos que son varios los elementos normativos expresados por el constituyente para estructurar el derecho de petición, los cuales debemos conjugar sistemática y armónicamente con el fin de dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Carta, sin entrar, no solo a distorsionar la voluntad del constituyente, sino específicamente a los derechos subjetivos

128. Corte Constitucional; Sentencia T- 567; 23 de octubre de 1992 Sala de Revisión No. 3; M.P. José Gregorio Hernández. Consejo de Estado; Sala Plena del Contencioso Administrativo; Sentencia de junio 10 de 1992; C.P. Dolly Pedraza de Arenas; "...toda persona tiene derecho de pedirle al Estado que se aplique su poder social en su defensa y el Estado tiene la obligación correlativa de resolver pronta y efectivamente su petición: Ninguna razón es valedera para que una autoridad pública se sustraiga de este deber acreditado..."

129. Vidal Perdomo, Jaime. "Principios generales...", *Op. cit., supra* nota 80, p. 117-119.

eventualmente involucrados. Estos elementos son los siguientes: Persona interesada. Mecanismo de presentación de la petición. Características de la petición. Modalidades de petición. Resolución de la petición. Entidades objeto de la petición. Veamos cada uno de ellos.

Persona interesada

Puede ser cualquier persona. La Constitución no hace diferencia, razón que nos permite sostener que el interesado puede ser persona natural o jurídica, de derecho público o privado, nacional o extranjera, en fin, cualquier sujeto de derecho que tenga la necesidad de dirigirse a las autoridades públicas en busca de satisfacer un interés particular o general.

Restringir el acceso de cualquier persona por razón de ciudadanía, nacionalidad o cualquier otro motivo, no sólo constituiría violación a la Carta Fundamental, por establecimiento de excepciones que la norma no establece, sino también podría hacer que la administración quedara sujeta a posibles juicios de responsabilidad. Nuestro sistema del derecho de petición, es amplio y generoso desde el punto de vista de su ejercicio y tal se le concede a todos aquellos que reúnan el carácter de persona.

Mecanismos de presentación de la solicitud

La Constitución no establece un sistema específico de acceso a las autoridades públicas para el ejercicio del derecho de petición, situación ésta que nos permite afirmar que se puede realizar por cualquier medio entendible para el funcionario estatal, sea este medio escrito, verbal, gestual, etc. Todos los medios serán no sólo válidos, sino también de recibo por quien sea competente para obtener o resolver peticiones. En este sentido el Decreto 01 de 1984, en su Art. 5, establece la obligación para las autoridades de recibir cualquier petición y si es necesario, para efectos probatorios, transcribirlas. Lo importante es que el medio de acceso sea entendible y claro por el funcionario.

La Corte Suprema de Justicia, al ejercer el control de constitucionalidad, del Art. 11 del Dec. 01 de 1984, se pronunció precisamente en este sentido. Tratándose de una vía expedita para el respeto de un derecho, el legislador no puede hacer diferencias en cuanto a los medios de ejercer el derecho de petición. La ley no puede establecer unos mecanismos de mejor estirpe que otros ¹³⁰.

No obstante, el legislador ha destacado dos sistemas, que por sus características, son los más usados y de más fácil acceso por parte de los particulares: el verbal y el escrito.

Características de la petición

El constituyente ha calificado la petición como necesariamente respetuosa. Podría considerarse que si la petición no es respetuosa, puede ser objeto de rechazo o de no contestación por parte de la autoridad. La Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido, entendiendo lo irrespetuoso de cualquier decisión, como eximente de obligación de respuesta para las autoridades, en la medida en que se incumple los presupuestos del Art. 23 Constitucional. Dedujo la Corte de esta característica lo siguiente: "...el único límite que impone la Constitución para no poder ser titular del derecho de obtener pronta resolución a las peticiones, es que la petición se haya formulado de manera irrespetuosa. Dicho de otra manera, la petición irrespetuosa exime a las autoridades de resolver prontamente. En cualquier otro caso, es obligación de ellas actuar con prontitud, dentro de los términos que la ley establezca..."¹³¹.

130. Corte Suprema de Justicia, Sala plena, sentencia de noviembre 22 de 1984, demanda de inexequibilidad contra el artículo 11 del Decreto 01 de 1984. M.P. doctor Alfonso Patiño Rosselli; la Corte declaró inexecutable la parte final de la norma antes citada que establecía una diferencia entre el derecho de petición iniciado por escrito y el iniciado verbalmente; el artículo en cuestión dice: "Petición Incompleta; cuando una petición no se acompañe de los documentos o informaciones necesarias, en el acto de recibo se le indicarán al peticionario los que falten; si insiste en que se radique, se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias que le fueron hechas. Si es verbal, no se le dará trámite". Dijo la Corte: "el tratamiento consagrado por la expresión objeto de la demanda vulnera el derecho de petición de las personas que se hallen en las circunstancias de que trata dicho fragmento y, por supuesto, el de obtener pronta resolución".

131. Corte Constitucional; sentencia T-495. 12 de agosto de 1992; Sala de Revisión No. 1 M.P. Ciro Angarita Barón.

Modalidades de petición

Se pueden observar en derecho colombiano varias modalidades del derecho de petición: en interés general, en interés particular, petición de informaciones, consultas y algunas otras modalidades particulares que se han establecido en legislaciones especiales.

Interés general y particular

La Constitución distingue dos clases de derecho de petición: el derecho de petición subjetivo y el derecho de petición popular. El primero se refiere propiamente a aquellas reclamaciones individuales que buscan el reconocimiento, por parte de la administración, o del Estado, de un derecho subjetivo del ciudadano; entre nosotros, éste sería un caso específico del ejercicio del derecho de petición en interés particular. La segunda modalidad de petición tiene su fundamento en la necesidad de protección del bien común y el interés general; consiste en el pronunciamiento de los asociados frente a las autoridades en procura de obtener respuesta a sus necesidades comunes; esta modalidad consagrada en nuestra Carta Fundamental desde 1886, fue recogida por el constituyente de 1991, al estipular que se podrán presentar ante las autoridades peticiones de carácter general¹³².

La petición de carácter popular, se configura en los casos en que se le pida a las autoridades la adopción de determinadas medidas económicas, sociales o administrativas, o se les solicita actuar en uno u otro sentido, pero siempre con vistas a un pronunciamiento que afecte al conglomerado por igual. En opinión de Vidal, se pretende "... que se adopte por el Estado una política que se juzga de conveniencia nacional... Es decir, influir en los criterios con los cuales se toman las decisiones del Estado..."¹³³.

132. Andueza, José Guillermo. *Op. cit.*, *supra* nota 80, pp. 107-113.

133. Cfr., Vidal Perdomo, Jaime. "Principios generales...", *op. cit.*, p. 119.

Petición de informaciones

La información constituye en todas sus modalidades, núcleo fundamental del estado de derecho, la convivencia ciudadana y el desarrollo democrático de las sociedades. Se torna en instrumento indispensable para garantizar el principio de la transparencia de la actividad pública. Implica, desde el punto de vista procesal, la más significativa garantía de control directo por parte de los asociados de la actividad, gestión y resultados de la administración pública. Su reconocimiento constitucional y legal aproxima a la consolidación de la institucionalización del poder y el alejamiento a la omnipotencia de quienes detentan los destinos administrativos o estatales.

Por razones históricas, en nuestro derecho se le ha considerado a la petición de información como una especie del derecho de petición. El artículo 17 del Decreto 01 de 1984, así lo entiende, al concebir la institución como elemento peculiar del derecho de petición. El derecho de petición "...incluye también el de solicitar y obtener acceso a la información sobre la acción de las autoridades y, en particular, a que se expida copia de sus documentos...". No obstante la claridad del ordenamiento positivo sobre la determinación de la naturaleza jurídica de la petición de información, el Consejo de Estado, a través de sentencia de tutela, comenzó a edificar el carácter autónomo de la institución^{133A}.

Sin entrar a mediar en esta interesante discusión, que por lo demás lo que está demostrando es la importancia creciente de la figura del derecho de petición en nuestro medio, bástenos indicar que las raíces constitucionales de la solicitud de información resultan innegables. Es más, se deduce su reconocimiento como derecho fundamental, ya sea por la vía del Art. 23 Constitucional o del Art. 20 de la Carta, que lo comprendería igualmente en la afirmación genérica de que "...se

^{133A}. Consejo de Estado; Sala Plena del Contencioso Administrativo: Sentencia de Diciembre 4 de 1992. C.P. : Yesid Rojas Serrano: "... el derecho de acceso a los documentos públicos tiene íntima relación con el de petición, hasta el punto de llegar a considerarse como una de sus modalidades. Sin embargo, aquel se distingue por su especificidad del derecho general de petición; tiene autonomía y fisonomía particulares, hasta el punto de contar con su propia reglamentación legal y con rango constitucional en el Art. 74...".

garantiza a toda persona... recibir información veraz e imparcial... información en nuestra opinión que tiene que ver necesariamente con la que posean las autoridades públicas. La información que posean ellas también debe ser veraz e imparcial e inalterada, conservando plenamente las razones de su origen, fundamentación o utilización. En síntesis, la información estatal no puede, en situaciones de normalidad, desconocer los postulados del Art. 20 Constitucional^{133B}.

Si a lo anterior agregamos, desde el punto de vista de los resultados, el perentorio reconocimiento del Art. 74 Constitucional sobre el derecho de todas las personas al acceso a los documentos públicos, encontramos entonces una relación normativa fundamental que aborda todos los aspectos de la institución, convirtiéndola, como lo anotábamos, en un importante mecanismo de participación y control público a la actividad estatal.

Analizando los elementos estructurales de la institución, encontramos que comparte con el derecho de petición, el carácter de medio instrumental de acceso a la administración, a través de la respectiva solicitud, y el elemento finalístico de aquél, en el sentido de que el derecho no se garantiza simplemente con la solicitud, sino que la misma debe ser materialmente resuelta por la administración, permitiendo el acceso a la información requerida, salvo que se observen causales constitucionales o legales para negarla. El derecho de petición de información se consolida plenamente con el acceso efectivo a la información por el interesado.

La información solicitada puede ser o no documental; puede reposar en archivos de cualquier índole o naturaleza, e incluso constarle de manera directa al funcionario o agente estatal, sin que se encuentre materializada en documento alguno.

^{133B}. La Declaración Universal y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, se pronuncian en igual sentido, respectivamente indican lo siguiente: Art. 19: "...Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión...". Art. 13: "...Libertad de pensamiento y de expresión: 1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...".

El Decreto 01 de 1984, clasifica la información respecto a un determinado organismo en general y particular. La primera hace referencia a la acción de las autoridades y tiene por objeto permitir al público interesado, el acceso a documentos relativos a su origen, naturaleza, estructura, funcionamiento, procedimientos, métodos, sistemas para el trámite de los diversos asuntos a su cargo, responsables de las consultas internas, recibo de documentos, manuales de funcionamiento, etc. En fin, permitir el acceso a cualquier información que permita conocer y evaluar la forma de su desenvolvimiento dentro del contexto estatal (Art. 18 C. C. A.).

La información especial o particular hace referencia a otro tipo de información que se produzca en el interior del organismo como efecto del ejercicio de sus funciones o que por cualquiera otra razón repose en su poder. Esta información, insistimos, puede o no constar en documentos públicos. Confirma esta apreciación el Art. 24 de la Ley 57 de 1985, que determina claramente que la solicitud de información puede, incluso, comprender no solo certificación sobre documentos que reposen en los archivos oficiales, sino, también, “sobre hechos que las mismas tengan conocimiento”.

En consideración al principio de la transparencia, tratándose de documentos, de manera expresa el Art. 74 constitucional, garantiza el acceso a los mismos. La ley, para el caso el Decreto 01 de 1984 y la Ley 57 de 1985, viabiliza la posibilidad de obtener de los mismos las copias que el interesado requiera. De no ser así, se estaría violando el mandato constitucional y el derecho fundamental a la información. Reitera lo anterior el Art. 29 inciso 3 del Código Contencioso Administrativo, al establecer la regla general de la publicidad de todas las partes integrantes del expediente administrativo, las cuales podrán ser examinadas por cualquier persona, y también el derecho de solicitar en cualquier estado del mismo copias y certificaciones dentro de un plazo no superior a tres días. En cuanto a los procesos disciplinarios el Art. 19 de la Ley 547 de 1985, determina expresamente, que las mismas no estarán sometidas a reserva. En las copias que sobre estas actuaciones expidan los funcionarios, a solicitud de los particulares, se incluirá como garantía de imparcialidad, y con el fin de que la información no quede fuera del contexto, las explicaciones de las personas inculpadas.

El derecho, por lo tanto, a iniciativa del solicitante, se ejercita, así sea, para simplemente consultar los documentos o para consultarlos y obtener copia de los mismos. (Art. 19 Decreto 10 de 1984). El examen de documentos queda en todo caso, sujeto a la tutela y responsabilidad inmediata del funcionario que la entidad asigne y dentro del horario que para tal efecto se establezca. Esto como elemental principio de orden y política interna de los organismos públicos. (Art. 21 Decreto 01 de 1984. Art. 16 Ley 57 de 1985). No obstante lo general de las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y de la Ley 57 de 1985, en cuanto al derecho de petición, el gobierno nacional expidió el decreto reglamentario 0837 de 1989, a través del cual reguló este derecho frente a la documentación contractual estatal. Estableció el Art. 1o. del mencionado decreto que, "...toda persona natural o jurídica, tendrá derecho a consultar las ofertas o propuestas presentadas en las licitaciones o concursos de méritos públicos o privados abiertas por ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y unidades administrativas dotadas de personería jurídica, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado en el orden nacional...".

El anterior derecho conforme al Art. 4o., del decreto, comprende igualmente el de obtener copias de los documentos respectivos y deberá ser ejercido a partir del cierre de la respectiva licitación o concurso.

Las entidades objeto del derecho de información son, en la práctica, las mismas enunciadas para el derecho de petición. La regla general es que se puede intentar ante cualquier dependencia, repartición o autoridad estatal o particular con funciones públicas o administrativas. No obstante, la Ley 57 de 1985, en Art. 14 establece un listado, en nuestra opinión, igualmente enunciativo sobre las entidades estatales sujeto a este derecho.

Limitaciones al derecho de petición de información

Los planteamientos anteriormente expuestos, corresponden a la regla general sobre el derecho de petición de información. Regla general

que debe predominar en todo estado de derecho y que solo puede ser excepcionada en los casos en que la misma Constitución o el legislador lo establezcan. La jurisprudencia del Consejo de Estado así lo ha entendido. En providencia de 1976 se expresó lo siguiente: "...Es obvio que la publicidad de la actuación de los órganos públicos, no puede ser un principio absoluto. Porque existen razones de seguridad nacional, de alta conveniencia pública o social, de eficiencia del servicio, etc., que pueden hacer aconsejable o necesario mitigar el rigor de la regla; pero como claramente lo preceptúa el Art. 320 las excepciones solo pueden emanar de la propia Constitución o de la Ley. Es así como se ha instituido la reserva del sumario, la reserva en asuntos tributarios, la reserva en materias relacionadas con la defensa nacional, con la seguridad del Estado, con el manejo de las relaciones exteriores, etc. Si de la propia Constitución se deriva la regla general de la publicidad y, además, por ministerio de la Ley se reserva a ésta la posibilidad de precisar las excepciones al principio, resulta evidente que ni el gobierno en función reglamentaria, ni mucho menos otras autoridades inferiores de la administración pueden hacerlo...^{133C}. En este sentido el Art. 19 del Decreto 01 de 1984, estableció que el derecho de las personas a la información y documentos oficiales, podía ser negado si se refería a uno de aquellos documentos que la Constitución Política o las leyes autorizaran tratar como reservados. El Art. 12, de la Ley 57 de 1985 reproduce igual postulado de excepción, pero agrega que también estarán sujetos a reserva aquellos que hacen referencia a la defensa o seguridad nacional. En todo caso, la reserva de un documento en Colombia, no podrá ser superior a treinta años, contados a partir de la fecha de su expedición. Vencido este término los documentos adquieren el carácter de históricos y podrán ser consultados por cualquier persona y respecto de ellos se podrán igualmente expedir las copias que sean requeridas. (Art. 13 Ley 57 de 1985).

La reserva no es aplicable al ejercicio de las funciones públicas. Quiere decir esto que si en el trámite ordinario de una actuación administrativa, se hace indispensable aportar un documento que tenga el carácter de

^{133C}. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de Mayo 26 de 1976.

reservado, la autoridad que lo posea no podrá negarse a esta solicitud. De todas formas la autoridad receptora del mismo deberá proporcionarle al documento la protección y reserva adecuadas dentro de la respectiva actuación. El Art. 20 del Decreto 10 de 1984, así lo autoriza. "...Las excepciones que autoriza el artículo anterior, no podrán invocarse para enervar el ejercicio de las facultades que la Constitución Política o la Ley confieren a los órganos del poder público cuando obran según las normas de procedimiento aplicable, pero éstos conservarán el deber de mantener reserva, si la ley no dispone otra cosa...". Lo dispuesto en este artículo fue reproducido por el Art. 20 de la Ley 57 de 1985.

Algunos casos de documentos sujetos a reservas los encontramos en asuntos de relaciones exteriores (C. P. Art. 78). En los asuntos privados (C. P. Art. 38). Asuntos penales Código de Procedimiento Penal (C. P. Art. 356). Actas del Consejo de Estado (C. C. A., Art. 110) Informes de la Superintendencia Bancaria (Ley 45 de 1923).

Protección judicial de la petición de documentos

Considerando que la negativa a proporcionar información o documentos por calificación que se haga de reservado de los mismos, es un instrumento excepcional, el legislador ha previsto que toda decisión al respecto deba ser expresa y motivada. El Art. 21 de Ley 57 de 1985 establece expresamente que la administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante la providencia motivadora que señale su carácter reservado, indicando de manera exacta las disposiciones legales o constitucionales que le dan fundamento jurídico.

Si la administración niega y el solicitante considera infundadas las razones expresadas en el Acto Administrativo, el Art. 21 de la Ley 57 de 1985, se prevé la intervención de los tribunales administrativos de departamento con el fin de que resuelvan el conflicto. Intervención que se realiza a través de un proceso sumarísimo especial, a iniciativa de la administración o de la persona supuestamente afectada con la decisión de la administración. Si bien es cierto que no es clara la

iniciativa de la persona interesada ante el Tribunal, de no aceptarse la posibilidad de que demande directamente, resultaría la Administración con poderes exorbitantes lo que haría nulatorio el derecho de petición de documentos.

El objeto de la demanda ante el Tribunal es el de que éste decida, si se acepta la petición formulada o si la misma es procedente parcialmente. El Tribunal cuenta con diez días hábiles para decidir. Este término se interrumpirá en caso de que el Tribunal solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir y hasta la fecha en la cual los reciba oficialmente^{133D}.

Consultas

El ordenamiento positivo incluye como otra modalidad del derecho de petición, el de formular consultas a las autoridades públicas. Este mecanismo didáctico de colaboración de las autoridades para con los particulares, se diferencia radicalmente de las otras formas del derecho de petición. Mientras en los anteriores el objetivo es la formación de un acto administrativo o la obtención de una información, en el presente asunto la finalidad es la obtención de un concepto sobre la interpretación del ordenamiento jurídico.

Los conceptos no obligan a la Administración y los particulares se encuentran en libertad de aceptarlos o no. No son actos administrativos, en la medida en que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos, salvo que la administración con posterioridad los convierta en obligatorios. No siendo actos administrativos, frente a ellos resulta imposible ejercitar los recursos de vía gubernativa o las acciones contencioso administrativas. Sería absurdo pretender que la administración modificara a través de uno de estos mecanismos, una interpretación jurídica que no produce efectos jurídicos.

^{133D}. Rey Cantor, Ernesto. Acceso a los documentos y recursos de insistencia. Empresa Editorial de Cundinamarca - Edicundi.

Las consultas podrán formularse de manera escrita o verbal y deberán tramitarse conforme los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad. (Art. 25).

Resolución de la petición

En estricto sentido se trata de la adopción de una decisión; de la expedición de un acto administrativo. Sin embargo, desde la óptica de la teoría del derecho de petición, constituye el elemento central del mismo, su finalidad concreta y específica. La petición conforme al Art. 23 Constitucional debe ser resuelta, en el sentido que la Administración considere, pero resuelta. De contrario se estaría desconociendo su alcance, contenido y burlando el mandato constitucional y en consecuencia un derecho fundamental.

Desde este punto de vista, el derecho de petición resulta eminentemente teleológico. Pretende un pronunciamiento específico de las autoridades respecto de la petición realizada por el interesado. Faltando la resolución no se ha consolidado el derecho de petición. La Corte Constitucional y Consejo de Estado, analizando este aspecto de la institución coinciden en que es lo fundamental de la misma. En diversas oportunidades la primera de las Corporaciones ha manifestado lo siguiente: "...El derecho de petición involucra no sólo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone además, un resultado de ésta, que se manifiesta en la obtención de la pronta resolución. Sin este último elemento el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo. En el presente caso la pronta resolución no se ha manifestado y, por el contrario, se han dilatado los términos de decisión de manera ostensible, de lo que resulta el desconocimiento de un derecho fundamental..."¹³⁴.

134. Corte Constitucional, sentencia T-567; 23 de octubre de 1992; Sala de Revisión No. 3 M.P.: José Gregorio Hernández. Sentencia T-426. 24 de junio de 1992. Sala de Revisión No. 2. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Consejo de Estado: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de noviembre de 1992. C.P.: Carlos Arturo Orjuela: "...Atender el derecho de petición no significa resolver favorablemente lo planteado por el particular: La respuesta de la administración tiene que atemperarse al orden legal vigente y a su capacidad para satisfacer los requerimientos de quienes tocan a sus puertas como peticionarios..."

La resolución, por su parte, debe ser sustancial. En otras palabras, no se cumple con una simple respuesta. Se consolida con una resolución material de la solicitud sin importar, esto sí, el sentido de la misma. Ha querido el constituyente que no se altere el derecho fundamental de petición y los intereses de las personas, pretendiendo cumplir en sentido meramente formal las peticiones formuladas. Con mucha facilidad esta norma fundamental sería objeto de burla si se aceptara cualquier tipo de respuesta. La Corte Constitucional al respecto ha indicado lo siguiente: "...En lo pertinente el Art. 23 de la actual Constitución consagra el derecho de petición en los mismos términos que venían de la anterior... es de anotar que él consiste no simplemente en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades, sino, de que haya una resolución del asunto solicitado, lo cual si bien no implica que la decisión sea favorable, tampoco se satisface sin que se entre a tomar una posición de fondo, clara y precisa, por el competente..."¹³⁵.

El anterior planteamiento sustantivo, contradice decisiones del Consejo de Estado que admitían eventualmente la estructuración de fondo de resolución con la configuración del silencio administrativo negativo. Tesis que dicho sea, no fue uniforme en el interior de la Sala Plena de la Corporación. La decisión mayoritaria del Consejo indicó lo siguiente: "...la acción de tutela no puede prosperar, por cuanto, de una parte, no es posible ordenar a la administración que tome una decisión que ya existe en virtud de la ley. (Silencio administrativo), y, de otra, porque al existir esa decisión los interesados tienen otros recursos o medios de defensa..."¹³⁶.

La Corporación considera que es suficiente con la estructuración de un acto ficto o presunto para el nacimiento de la decisión en el derecho

135. Corte Constitucional. Sentencia T-481. 10 de agosto de 1992. Sala de Revisión No. 7 M.P.: Jaime Sarín Greiffstein. Sentencia T-495 del 12 de agosto de 1992. Sala de Revisión No. 3 M.P. Ciro Angarita B.

136. Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de junio de 1992. M.P. Libardo Rodríguez. Se reitera en sentencias del 21 de julio de 1992 y 11 de septiembre de 1992. C.P.: Dolly Pedraza de Arenas.

de petición. Esta posición nos resulta desafortunada, en la medida en que el silencio es una simple presunción, pero que en la realidad no lleva expreso pronunciamiento de la administración. Las tesis minoritarias de la Corporación así lo dejan entrever. En el salvamento de voto del Consejero Alvaro Lecompte Luna se expuso, sobre este propósito, lo siguiente: "...El silencio administrativo, en verdad, no existe. Es una ficción que ha creado la Ley en beneficio del administrado. Si el silencio administrativo negativo hace suponer que se emitió el acto, sólo para que el administrado pueda acudir a la jurisdicción, como se trata de proteger ahora un derecho fundamental -el de petición- no ve el suscrito, cómo puede denegarse una tutela cuando el titular de ese derecho estima y demuestra que la autoridad del caso omitió su deber de responder oportunamente..."¹³⁷.

La Corte Constitucional es de tesis totalmente contraria a la dominante en el Consejo de Estado. Fundada en la teoría de la resolución sustancial, material o de fondo de toda petición, considera que en la configuración del silencio administrativo, no existe una verdadera resolución. Todo lo contrario, es una mera y formal respuesta presunta que no reúne las expectativas del Art. 23 Constitucional. Al respecto sostiene lo siguiente: "...por esto puede decirse también que el derecho de petición que la Constitución consagra, no queda satisfecho con el silencio administrativo-negativo que algunas normas disponen, pues esto es apenas un mecanismo que la Ley se ingenia para que el adelantamiento de la actuación sea posible y no sea bloqueada por la administración... pero en forma alguna cumple con las exigencias constitucionales que se dejan expuestas y que responden a una necesidad material y sustantiva de resolución y no a una consecuencia meramente formal y procedimental, así sea de tanta importancia..."¹³⁸.

Bajo estas circunstancias, solo podría considerarse contestada la petición si ella verdaderamente aborda la totalidad del problema formulado, sin importar el sentido que la administración le otorgue a la misma.

137. Consejo de Estado, Sala Plena del Contencioso Administrativo. Salvamento de voto del Consejero Alvaro Lecompte Luna, a la Sentencia del 10 de junio de 1992.

138. Corte Constitucional. Sentencia T-481. 10 de agosto de 1992. Sala de Revisión No. 7 M.P. Jaime Sanín Greiffstein.

Entidades objeto de la petición

Conforme la Constitución de 1991, pueden ser objeto del derecho de petición, tanto las autoridades públicas sin distingo alguno, como las organizaciones privadas en los términos que disponga la Ley. Tratándose de las primeras, sin necesidad de norma que las defina, podemos entender a todas aquellas que de manera principal o secundaria, ejercitan funciones públicas o se ocupan de asuntos de esta naturaleza. A manera simplemente indicativa, el Código Contencioso Administrativo en su Art. 10. nos ofrece un listado de algunas de esas autoridades: Los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, las entidades descentralizadas, la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y las Contralorías regionales, la Corte Electoral (Consejo Nacional Electoral) y la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como las entidades privadas, cuando cumplan funciones administrativas.

Se deja abierta igualmente la posibilidad en el Art. 23 Constitucional, para que el derecho de petición, se ejercite frente a organizaciones privadas, sin necesidad de que cumplan funciones públicas o administrativas. Se trata de una evidente ampliación del derecho de petición, al mundo de la actividad privada, al cual tan solo era posible acceder por la vía jurisdiccional.

3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL

Contrariamente a lo expuesto con relación a las actuaciones administrativas iniciadas en ejercicio del derecho de petición, eventos en los cuales la iniciación depende directamente de la manifestación de la voluntad del peticionario, en el caso presente, el individuo actúa cumpliendo un mandato legal que impone a la persona el deber de presentar una solicitud, una declaración tributaria o de otra clase o una liquidación privada o el realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa.

El escrito con que se ha de iniciar esta clase de actuaciones es de obligatorio recibimiento por parte de las autoridades, las que

igualmente están en la obligación de advertir al interesado las omisiones que tenga, con el fin de que dentro de los términos indicados en el artículo 12 del reglamento, subsane tales omisiones.

En los casos en que las autoridades sean renuentes a aceptar la documentación presentada, el interesado se remitirá al funcionario competente del Ministerio Público y realizará ante él los actos necesarios para cumplir con su deber. El funcionario del Ministerio Público ordenará, si lo estima, iniciar el trámite legal. En el cumplimiento de un deber legal, el ordenamiento es el que prevé las oportunidades en que ha de darse inicio a una actuación administrativa.

El Art. 27 del Código Contencioso Administrativo, establece la reglamentación para el ejercicio de esta modalidad de iniciación de las actuaciones administrativas. En el inciso 3o. se hace remisión a las normas del Código Contencioso que son de aplicación a las actuaciones que se generen por estos medios. En nuestra opinión, la indicación de este inciso no constituye una barrera normativa para que otras disposiciones de las actuaciones administrativas sean igualmente de aplicación en los procedimientos generados. De no aceptarse esta interpretación, se cometería el error de garantizar debidamente la totalidad de aspectos del proceso administrativo. No aceptamos la tesis defendida, por quienes encuentran en el inciso final del artículo 27 una norma especial, eventualmente limitativa de la aplicación plena del Código Contencioso Administrativo.

4. INICIACION DE OFICIO

Se presenta la iniciación oficiosa de una actuación administrativa, en todos aquellos eventos en que sólo por voluntad de la misma administración se da inicio al procedimiento administrativo. Esta actitud de la administración depende del incentivo que obtenga de elementos externos o internos y que le llevan al convencimiento de que se hace necesaria una decisión de su competencia para resolver algún conflicto, sancionar alguna infracción o adoptar cualquiera otra medida con efectos jurídicos. La voluntad del administrado no es decisiva para el inicio de una actuación oficiosa, aunque sí puede ser tenida como antecedente para iniciar la misma.

Conforme al Código Contencioso Administrativo, las actuaciones iniciadas de oficio deberán respetar la totalidad de reglas indicadas a propósito de cualquier actuación administrativa, fundamentalmente aquellas que hacen referencia al debido proceso administrativo y no exclusivamente los artículos sobre intervención de terceros, régimen probatorio o adopción de decisiones que se indican en el inciso 2 del Art. 28 del Código Contencioso Administrativo, sino la totalidad de normas aplicables a las actuaciones administrativas. Esto en razón a que el inciso 2o. del Art. 28 es meramente indicativo y no puede constituirse en una restricción a las demás normas garantizadoras, establecidas en el mismo ordenamiento para el procedimiento administrativo.

5. TRAMITE Y FORMACION DEL EXPEDIENTE

Estudiando el que podríamos considerar primer momento en el proceso de la actuación administrativa, nos corresponde a continuación emprender el análisis de los elementos dinámicos-legales que permiten reunir los acervos requeridos para la estructuración consiguiente del acto administrativo. Esta etapa que hemos denominado del trámite y formación del expediente, se caracteriza por la reunión de ingredientes garantizadores del debido proceso administrativo e igualmente por su carácter eminentemente temporal y finalístico, en la medida en que a través de él se debe lograr la conformación plenamente legal de la voluntad de la administración.

El trámite administrativo varía de acuerdo con las diferentes fuentes de la actuación administrativa. El legislador ha establecido para las diferentes instituciones de iniciación del proceso administrativo, características diversas que ameritan una presentación independiente. Si a lo anterior agregamos que la mayoría de los procedimientos existentes en Colombia establecen trámites diversos para sus actuaciones, tenemos entonces un gran universo de procedimientos, los cuales abordaremos exclusivamente desde la óptica del procedimiento general establecida en el Código Contencioso Administrativo.

Formación del expediente y acumulación

Cualquier actuación que se inicie por parte de la administración, implica la formación de un expediente administrativo, que debe contener la totalidad de actuaciones, diligencias y actos que se expidan en el transcurso de la misma. Se trata de un sistema de seguridad formal, que por simples razones de economía y eficacia debe ser respetado si se pretende que la administración tenga una visión global e inmediata de toda la historia de la respectiva actuación.

La formación del expediente garantiza, igualmente, el principio de la unidad procesal que debe garantizar toda actuación administrativa en procura, no solo de evitar dualidad de pronunciamiento sobre un mismo objeto, sino también de garantizar la economía procesal establecida en el Art. 3o. del Estatuto Contencioso Administrativo. Para estos efectos, el legislador ha establecido la figura de la acumulación de expedientes, la cual como indica el Art. 29 del Decreto 01 de 1984, tiene por finalidad unificar documentación y expedientes que tiendan a producir actos con los mismos efectos. Se evita de esta manera la expedición de decisiones contradictorias. La acumulación puede ser de oficio o a solicitud de persona interesada. Puede implicar relaciones entre las autoridades de una misma dependencia o respecto de dos o más entidades. En este último caso, indica el Art. 29 inciso 2 del Decreto 01 de 1984, la acumulación se hará al primer expediente o actuación incoada, convirtiéndose, en virtud de esta regla, en competente la autoridad que primero actuó.

Sin embargo, esta regla puede ocasionar conflictos positivos o negativos de competencias entre las autoridades administrativas, asunto que debe ser resuelto dentro del contexto normativo de los artículos 33 y 88 del Código Contencioso Administrativo. Procedimiento que explicaremos más adelante en el presente trabajo.

Trámite del derecho de petición

- El desarrollo del proceso de la actuación administrativa iniciado en ejercicio del derecho de petición, en interés general o particular, en forma verbal o escrita, consta de un período de duración de 15 días

hábiles (artículo 6 del Decreto 01 de 1984, en concordancia con los artículos 121 del Código de Procedimiento Civil y 62 del Código de Régimen Político y Municipal), al final de los cuales corresponde a la administración resolver las respectivas peticiones; este término no es absoluto; en los eventos en que no fuere posible resolver o contestar la petición, se prolonga hasta por el término de tres meses, señalado en el artículo 40 como límite máximo el que, vencido, da lugar a la decisión ficta del silencio negativo. Esto desde el punto de vista de la decisión que corresponda, porque, de todas maneras, la configuración del silencio puede acarrear responsabilidad disciplinaria, si el mismo se produce por negligencia o falta de cuidado, o atención por parte de la autoridad o funcionario competente.

Hay que entender, en estos casos, que para poder prolongar el término de resolución, el funcionario deberá informarlo al interesado, expresando los motivos de la demora; de lo contrario, incurrirá en causal de mala conducta, tal como lo señala el artículo 7 del Decreto 01 de 1984¹³⁹.

- Con la petición y sus anexos se formará un expediente al cual se irán anexando todas las demás actuaciones que se realicen en la tramitación (artículo 29). Durante este período se podrán pedir y decretar pruebas y allegar toda clase de informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado (artículo 34). Precisamente, lo expuesto tiene directa concordancia con lo señalado en el artículo 12, tratándose de la petición que hace el funcionario al solicitante de informaciones y documentos adicionales, cuando fuere imposible resolver con los aportados. En estos casos, los términos se interrumpirán hasta el momento en que el interesado aporte los

139. En igual sentido, Consejo de Estado, Sección 2a. Providencia de Diciembre 12 de 1983. González Rodríguez, Miguel. *Op. cit.* p. 15 Conforme pues, a la Ley 58 de 1982, Art. 1. Párrafo 2, y al Decreto 01 de 1984, Art. 6. Es deber de los funcionarios públicos, cuando encuentren que no les es posible decidir una petición dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de ella, no sólo para efectos de salvar su responsabilidad disciplinaria, prevista en el Art. 76 del Estatuto, sino para extender el término de que disponen para resolver hasta de tres meses, a partir del cual el peticionario puede hacer uso de la figura del silencio administrativo... informar tal circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando la fecha en que se resolverá...".

documentos o informaciones que satisfagan el requerimiento realizado por el funcionario. Esta interrupción no podrá ser superior a dos meses, o sea que el peticionario interesado deberá aportar lo requerido en este período, o de lo contrario se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud (artículos 12 y 13), o que la administración resuelva continuar con la misma de oficio, esto aplicando el Art. 8 del Código Contencioso por la vía del Art. 9o. del mismo Estatuto.

- Tratándose del desarrollo de actuaciones administrativas de este tipo, pueden presentarse casos en los cuales una autoridad posea documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto; en estos casos, a petición del interesado o de oficio, se acumularán en un solo expediente. Se procederá en igual sentido con los documentos que se tramiten ante distintas autoridades, tal y como lo expresamos a propósito de la acumulación de expedientes.

- El funcionario competente puede advertir la presencia de terceros determinados o indeterminados que puedan estar directamente interesados en los resultados de la decisión. Se les citará a la dirección que se conozca y la citación deberá contener claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición. Si se trata de un tercero determinado, el cual fuere imposible citar, o de un tercero no determinado, el funcionario o autoridad competente ordenará realizar la citación mediante publicación, para lo cual el interesado deberá proveer lo necesario dentro de los cinco días (5) siguientes a la orden de realizarlas. La publicación se hará mediante inserción de un extracto en el que se identifique el objeto de la petición, en la publicación oficial de la entidad, o en un periódico de amplia circulación nacional o local (artículos 14, 15 y 16).

- Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien sí cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente, o dentro del término de diez (10) días a partir de la recepción si obró por escrito. En este último caso, el funcionario a

quien se hizo la petición deberá enviar por escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días (artículo 33).

Cabría complementar la anterior idea resaltando la obligación que tienen los funcionarios encargados de realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, de declararse impedidos por las causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil; lo mismo que por haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado o haber sido recomendado por él para llegar al cargo que ocupa el funcionario o haber sido designado por éste como referencia con el mismo fin.

- El derecho de petición es desistible en cualquier tiempo, pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si lo consideran necesario para el interés público; en tal caso, expedirán resolución motivada. (Arts. 8 y 9).

- Por lo que respecta al derecho de petición de informaciones, se varía respecto de lo expuesto en el término para resolverlas, que es de 10 días, pasados los cuales, si no se ha obtenido respuesta se entenderá que la respectiva solicitud ha sido aceptada. (Silencio positivo). En consecuencia el documento a revisarse o a entregarse deberá ser puesto a disposición del interesado dentro de los dos días siguientes. El funcionario renuente podría soportar, previo proceso disciplinario, la pérdida del empleo. (Art. 22 Decreto 01 de 1984; Art. 25 Ley 57 de 1985).

Si la Administración resuelve responder negativamente la petición de información, así lo notificará al peticionario y al agente del Ministerio Público. Contra estos actos se procederá por la vía gubernativa de manera ordinaria e incluso podrán ser objeto de las acciones contenciosas. No obstante, en este aspecto pueden producirse algunos conflictos interpretativos entre el Art. 23 del Código Contencioso Administrativo, que es el que contiene lo antes expuesto, y el Art. 21 de la Ley 57 de 1985, norma posterior que establece un procedimiento especial de protección al derecho de petición de documentos.

Según una primera tesis, el acto que niega la petición de información, podría ser solamente objeto de control a iniciativa de la persona afectada, a través de las acciones ordinarias de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. Se insiste por los defensores de esta tesis, que la única vía que tendría una persona afectada, con la decisión negativa de la administración, sería ésta, por cuanto el Art. 21 de la Ley 57 de 1985, no le da la iniciativa de acudir al procedimiento especial en ella establecido. La Ley 57 depositó exclusivamente en las autoridades la posibilidad de utilizar el procedimiento especial del Art. 21. Este indica la disposición que las autoridades, "...ante la insistencia del peticionario para que se le permita consultar o se le expida la copia requerida, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al Tribunal para que éste decida...". Es decir, que si las autoridades se niegan a enviar el asunto al Tribunal, la persona interesada eventualmente se queda sin defensa posible frente a la jurisdicción. De aquí que esta primera tesis sostenga la vigencia del Art. 23 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto que otorga a los particulares acciones ordinarias para acudir ante la jurisdicción contenciosa en defensa del derecho de petición de documentos.

El anterior planteamiento no es de nuestro recibo. Tal y como lo expusimos al estudiar la protección judicial a la petición de documentos, la Ley 57 de 1985, ha establecido un procedimiento especial, que no solamente deja fuera el uso de las acciones ordinarias en casos como el que nos ocupa, sino que en nuestra opinión deroga tácitamente el Art. 23 del Decreto 01 de 1984. El procedimiento especial de la Ley 57 no sólo habilita para su ejercicio a las autoridades, sino también a la persona interesada, que es la que tiene el apremio de la consulta o de la obtención del documento. Absurdo resultaría que el legislador hubiere establecido un corto procedimiento para uso exclusivo de las autoridades y dejado el largo y tedioso trámite de las acciones ordinarias para las personas interesadas.

- Para las consultas el término de resolución de la petición es de 30 días. (Art. 25). Sin embargo, aquí no son de aplicación directa las normas comunes del Código Contencioso, en razón a que técnicamente no se está en la producción de un acto administrativo.

Trámite en el ejercicio de un deber legal

Por regla general, el proceso no varía sustancialmente; se le aplica, en especial, los contenidos de los artículos 5, incisos 4 y 5; 11, 12, 13, 14, 15; es decir, tratándose del cumplimiento de un deber legal, las autoridades podrán exigir, en forma general, que ciertas actuaciones se presenten por escrito, para lo cual podrán elaborar formularios con el fin que los diligencien los interesados, en todo lo que les sea aplicable, y añadan las informaciones o aclaraciones pertinentes. Es igualmente aplicable lo que se refiere a las autenticaciones de las copias. En todo lo demás, el desarrollo es igual al expuesto en el punto anterior.

Trámite de la actuación por iniciación oficiosa

Salvo las advertencias hechas en numerales anteriores, el proceso no sufre mayores alteraciones, por lo que considero oportuno tener en cuenta lo expresado respecto del derecho de petición. No obstante, el Código destaca algunas disposiciones, como son los Art. 14, 34 y 35, lo que no quiere decir que, exclusivamente, con dichas disposiciones deba adelantarse la actuación administrativa. La iniciación oficiosa es simplemente otra de las fuentes de las actuaciones administrativas, razón por la cual se encuentra sujeta a las demás reglas del procedimiento general del Decreto 01 de 1984.

6. CONFLICTOS DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

La interpretación del régimen de atribuciones y facultades para las autoridades, establecidos en el ordenamiento, puede llevar algunas veces a conceptos enfrentados que necesitan ser prontamente resueltos con el fin de garantizar las finalidades estatales y los derechos de los asociados. En este sentido los Art. 33 y 88 del Código Contencioso Administrativo, establecen dos procedimientos de solución para este tipo de controversias: el primero, de carácter eminentemente administrativo y el segundo, de tipo jurisdiccional. Conjugando estas disposiciones la solución al conflicto de competencias tendría que seguir el siguiente trámite:

- Si la petición se presenta ante funcionario que es incompetente, éste deberá manifestar su falta de competencia en el acto al interesado, si la petición es verbal; o dentro de los diez días siguientes si el peticionario obró por escrito. (Art. 33).

- Si la petición fue escrita, el funcionario que se considera incompetente enviará el expediente o el escrito respectivo al funcionario que se considera es el competente. (Art. 33). Si este último también se considera incompetente deberá enviar el asunto ante el tercero imparcial, que para el caso será el Tribunal Administrativo de Departamento o el Consejo de Estado. (Art. 88).

- Si el segundo de los funcionarios no manifiesta, o no es incompetente, los términos para resolver la petición se prorrogarán en diez días (Art. 33).

Recibido el expediente y efectuado el reparto, el Consejero Ponente dispondrá que se dé traslado a las partes por el término común de tres días, para que presenten sus alegatos; vencido el término de traslado, la Sala Plena debe resolver dentro de los diez días.

- Si el conflicto es positivo, es decir, ambas entidades se consideran competentes, remitirán la actuación al correspondiente tribunal o al Consejo de Estado y se seguirá un trámite similar al antes indicado.

- Los conflictos de competencia administrativa ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, se promoverán de oficio o a solicitud de parte interesada.

De la anterior relación procedimental se desprenden algunas características especiales y algunos problemas concretos del trámite del conflicto de competencias. Estos son los siguientes:

- El conflicto de competencias debe haber sido provocado de manera positiva o negativa por alguna o algunas de las partes involucradas en la actuación administrativa. De lo contrario resulta imposible pensar en que se pueda acudir a los procedimientos señalados en las normas

anteriores. En esto, el Art. 88 del Código Contencioso Administrativo es supremamente claro. Es necesario el conflicto entre autoridades para que se configure el objeto de la acción sobre competencias administrativas. El conflicto no es un típico conflicto de interpretación respecto de la competencia por parte de la persona interesada; debe ser entre autoridades que se disputen un negocio o que lo rechacen declarándose incompetentes. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, así lo ha entendido: En providencia de 1990, señaló lo siguiente: "...y si de lo manifestado por ella, como de lo acreditado documentalmente en el expediente, aparece que las autoridades administrativas del orden nacional que se señalan como contendientes no se han declarado expresamente competentes ni incompetentes para ejercer la función de vigilancia y control... no puede hablarse entonces, de que entre ellas exista conflicto alguno, pues, como se colige de los textos legales y lo ha reiterado la jurisprudencia, para que surja jurídicamente el mismo, siempre se requerirá que cuando mínimo dos autoridades se disputen acerca de la facultad para conocer o no de cierto asunto. Solo entonces emerge el conflicto y se concreta la facultad para quien debe dirimirlo, de intervenir en su dilucidación..."¹⁴⁰.

- Otro aspecto por destacar, es el de la titularidad de la acción sobre conflictos de competencias administrativas, señalada en el Art. 88 del Decreto 01 de 1984, conforme a la redacción del artículo 18 del Decreto 2304 de 1989. En nuestra opinión, el ordenamiento positivo al respecto, es claro y contundente: La titularidad de la acción la tienen tanto las entidades involucradas en el conflicto de competencias, como cualquier persona que tenga un interés directo en que se resuelva el conflicto. Esta conclusión se deriva de la acción del inciso 1o. del Art. 18 del Decreto 2304 de 1989, que indica lo siguiente: "...los conflictos de competencias administrativas se promoverán de oficio o a solicitud de parte...". Quiere el legislador indicar con esto, que de oficio será, cuando alguna entidad, organismo o autoridad resuelvan acudir ante la jurisdicción para resolver el litigio que impide continuar claramente

140. Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Auto de Oct. 1o. de 1990; C.P.: Amado Gutiérrez Velásquez; exp. C.- 140.

con una actuación administrativa; y, cuando la norma se refiere a "solicitud de parte", quiere significar que el sujeto de derecho, el cual es parte interesada en la respectiva actuación administrativa, que considere menoscabados sus derechos y garantías procesales ante una indefinición de competencias, puede acudir en ejercicio de esta acción ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa y obtener pronta resolución al conflicto. De no interpretarse en este sentido se caería en absurdas situaciones de negación no solo de justicia, sino también de los derechos fundamentales de los asociados.

No obstante la claridad del anterior planteamiento, la jurisprudencia de la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado, en algunas oportunidades ha dado interpretación diversa al presente asunto. Ha considerado que sólo la administración es la habilitada por la ley para acudir ante los tribunales en ejercicio de esta acción. En providencia de 1991, indicó lo siguiente: "...a). El Decreto 2304 de 1989, expresamente suprimió la posibilidad de que cualquier persona que demuestre interés directo, pueda intentar la acción ante esta jurisdicción, como sí lo preveía el Decreto 01 de 1984. Así que sólo quedaron como titulares de la acción de definición de competencias administrativas las propias entidades administrativas protagonistas del conflicto de competencias. b). Que dicho conflicto se 'promoverá a solicitud de parte' como lo expresa el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, modificadorio del 88 del C. C. A., tiene el significado de que las personas privadas pueden adelantar las diligencias del caso en la esfera gubernativa, ante los entes administrativos, tendientes a que el conflicto se suscite por éstos, a su vez, frente a la presente jurisdicción y con observancia del procedimiento previsto en el susodicho Art. 18 Incs. 2, 3 y 4 'Promover', según el diccionario de la lengua española tiene la acepción de: 'iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro'; 'resolver' equivale a: 'hallar la solución a un problema' y 'dirimir' denota: 'componer una controversia'. Así que utilizando la misma terminología del Art. 88, los particulares pueden gestionar ante la administración, que se someta a la jurisdicción administrativa el conflicto de competencias presentado en su seno para que sea el juez administrativo quien lo resuelva..."¹⁴¹.

141. Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 11 de feb. 1991; C.P. José Padilla Villar. Exp.: C - 124. Esta tesis fue reiterada en auto de junio 13 de 1991 C.P.: Miguel González Rodríguez. Exp. C-177.

La anterior tesis no fue, sin embargo, adoptada por unanimidad; votos salvados como los de los Consejeros Alvaro Lecompte Luna, Carlos Betancur Jaramillo y Amado Gutiérrez, sostienen la tesis que expusimos en el sentido de admitir una amplia posibilidad de titulares de la acción. Por lo demás, la interpretación mayoritaria, nos resulta incongruente con el respeto sustancial a los derechos. Una interpretación gramatical, en contra de los intereses de la persona involucrada directamente en el conflicto.

- El conflicto de competencias debe haberse planteado durante la etapa de la actuación administrativa, es decir, durante la formación del acto y no cuando éste hubiere sido adoptado. En este último caso, nos encontramos ante un vicio en la legalidad del mismo. Vicio de incompetencia que podría generar la nulidad del acto.

7. REGIMEN PROBATORIO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Quiso el constituyente colombiano que toda decisión tendiente a producir efectos jurídicos, debía contener los fundamentos probatorios suficientes que le permitan válidamente nacer a la vida jurídica. Este principio garante de los derechos ciudadanos tiene su consagración en el Art. 29 de la Constitución Nacional cuando indica que **"... el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes pre-existentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio..."**. Agrega la norma, como complemento jurídico necesario a la proposición del debido proceso, que además de lo anterior toda persona tiene derecho **"... a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra..."**.

Este principio obtiene desarrollo legal, desde el punto de vista de las actuaciones administrativas en los artículos 3, 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo. En la primera de las disposiciones se instituyen en el derecho colombiano, los elementos guías o principios interpretativos que deben regir cualquier actuación de los

administradores públicos en el ejercicio de sus funciones. Dos de estas premisas resultan pertinentes tratándose del debido proceso, fundamentalmente cuando se pretende encontrar las razones fácticas que rodean el caso, plenamente sustentadas: El principio de la imparcialidad y el principio de la contradicción (incisos 6 y 8 del artículo 3 del Decreto 01 de 1984).

El principio de la imparcialidad invita a las autoridades a que por ninguna razón realicen discriminación de las personas involucradas en las actuaciones administrativas. Que a todos los ciudadanos se les brinden iguales garantías procesales, sin entrar a alterar en manera alguna las posibilidades procesales que ellos tengan. El principio de la contradicción, por su parte, le reitera a las autoridades públicas la obligación que tienen de admitir la controversia de todas aquellas situaciones fácticas en que se encuentren vinculados los particulares. Es decir, el principio de contradicción resulta de la esencia misma del proceso administrativo, la evaluación y opinión de las partes sobre el alcance de los medios de prueba. Significa que todas aquellas pruebas, que en consideración de una de las partes interesadas resulten valiosas para su defensa, no pueden ser rechazadas unilateralmente.

Los artículos 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo se inscriben precisamente dentro de estos postulados filosóficos del Estado de Derecho, determinando que la necesidad de la controversia en el interior de las actuaciones administrativas sea plena. Que las decisiones que deban adoptar las autoridades se hagan sobre la base de las opiniones expresadas por los mismos y con fundamento en las pruebas e informes disponibles, sobre todo si se trata de afectar derechos de naturaleza individual o particular, e incluso en el caso del artículo 36, sin importar que la decisión sea discrecional; por cuanto debe tener fundamento en la Ley y en razones fácticas, y por lo cual también, "... debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa...", y los hechos sólo pueden ser determinados probatoriamente.

Estos principios no son meras arbitrariedades legislativas, corresponden a toda una evolución del derecho que rompe con los estadios de la arbitrariedad y pretende la consagración de niveles

institucionales. De legalidad plena en las autoridades administrativas. De sujeción permanente al derecho positivo, cuando deba adoptarse una decisión que cree situaciones en derecho frente a los asociados.

El profesor Hernando Devis Echandía¹⁴², en su estudio sobre las pruebas, identifica precisamente la necesidad probatoria como un presupuesto para la validez misma de toda decisión, así sea administrativa o judicial. *"...el principio de la necesidad de la prueba se refiere al imperio de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial (administrativa), estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualesquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades... Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad..."*.

En diferentes oportunidades la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado, tratándose de los procesos administrativos, sobre la necesidad de que los mismos sean fallados con observancia plena de las pruebas aportadas y solicitadas oportunamente. El Consejo de Estado¹⁴³, manifestó lo siguiente sobre las pruebas dentro del proceso administrativo: *"...Es principio jurídico-procesal que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica... porque, como ha de recordarse o precisarse, las pruebas judiciales conducen, a través de la objetividad y de la abstracción, al establecimiento de aquellas realidades que han de conducir al Juez a sentenciar en uno u otro sentido. Las pruebas o medios probatorios, van a llevar al Juez a un convencimiento en torno a una conducta humana, a un acontecimiento, a un hecho voluntario o involuntario, a hechos o cosas materiales o inmateriales. Ese principio actual que lleva al convencimiento del Juez con base en la apreciación de conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es aplicable, no solo al Juez en el sentido estricto o restringido del*

142. Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*; Tomo II; pruebas judiciales; VIII Edición; Editorial A.B.C. Bogotá, 1984.

143. Consejo de Estado; Sentencia de Julio 10 de 1991; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección 2da.; C.P. Alvaro Lecompte Luna. Expediente 3011

vocablo, al que administra la justicia como funcionario, o como Corporación, de la rama jurisdiccional del poder público, sino también a quien, en virtud de sus atribuciones, haya de calibrar, de medir, de apreciar conductas humanas para decidir en uno u otro sentido...". Así, cuando una autoridad administrativa, como la Procuraduría General de la Nación, por medio de sus distintas dependencias competentes ejerce sus facultades de cuidar de que todos los funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su cargo, y promueve que se les exija su responsabilidad por las faltas que cometan, ha de encontrar luz en las pruebas apreciadas en conjunto como factores que determinen la responsabilidad que nazca de la conducta del funcionario investigado disciplinariamente. De allí que el acto administrativo que emita el Procurador General de la Nación, en ejercicio del poder disciplinario externo, debe estar antecedido de la recopilación de pruebas o medios probatorios que permita llegar razonadamente a un pronunciamiento que consulte los postulados de la sana crítica de esas pruebas o medios probatorios. Y si de ello brota el convencimiento acerca de la responsabilidad disciplinaria del funcionario oficial, el acto administrativo disciplinario está acorde con esa convicción como si se tratara de una sentencia emitida por los jueces propiamente dichos. En otras palabras, el agente de la Procuraduría es, cuando ejerce sus facultades disciplinarias, un Juez en el sentido de persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar.

Los anteriores presupuestos, que además son recogidos en el Art. 174 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los aspectos probatorios de las actuaciones administrativas, permiten concluir, lo siguiente: - La decisión sea administrativa o no, debe necesariamente estar sustentada en pruebas aportadas al proceso. - Las partes gozan de amplias posibilidades de solicitar la incorporación de los medios de pruebas que consideren adecuados para resolver el conflicto suscitado. - Los medios de prueba deben ser evaluados por el juzgador conforme a los postulados de la sana crítica, evitándose, en todos los casos, decidir el asunto fundado en simples razones objetivas o en presunciones que carezcan de sustentos dentro del respectivo expediente.

La prueba se nos torna entonces, en la base indiscutible de cualquier conclusión en el derecho. Tratándose de las actuaciones administrativas el Art. 34 del Código Contencioso Administrativo, señala el carácter no rituado del régimen probatorio y deja las puertas abiertas para que los medios de prueba del Código de Procedimiento Civil, se aporten a las actuaciones administrativas. Indica la norma lo siguiente: "...durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado...". Desde este punto de vista se debe acudir irremediabilmente a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, tanto en la parte general de la prueba, como en especial en todo lo que tiene que ver con cada uno de los medios de prueba.

8. ADOPCION DE DECISIONES EN VIA ADMINISTRATIVA

Cumplidos los términos ya expresados y habiéndose, dentro de ellos, dado oportunidad a los interesados y a los terceros de hacer valer sus derechos, expresar sus opiniones, solicitar y practicar pruebas, y respetadas todas las garantías de que gozan los asociados en todo proceso que hagan parte, las autoridades procederán a decidir, resolviendo la actuación administrativa con base en las pruebas e informes disponibles en el acervo documental aportado al expediente. El acto aquí producido deberá ser adecuadamente motivado con base en el análisis documental -probatorio-, dentro de las normas de la sana crítica y resolviendo siempre en derecho, las cuestiones planteadas tanto en la iniciación del procedimiento administrativo como durante su trámite.

Cumplido lo expresado y manifestada la intención volitiva de la administración, se produce una decisión que además de ser un acopio pleno de la legalidad y validez, debe estar determinada para producir determinados efectos jurídicos. Es decir, debe ser en todo sentido un acto administrativo. La decisión es el acto tal y como lo expusimos en el Capítulo Tercero de esta obra, así no se hubieren realizado los procedimientos tendientes a su publicitación. En este momento es que se pueden diferenciar los fenómenos de la validez y de la eficacia:

mientras la decisión lleva todo el contenido de legalidad del acto, problema de validez; la eficacia del mismo se logra mediante la exteriorización a través de los procedimientos de publicitación.

La decisión de la administración puede provenir como lo explicamos a propósito del régimen probatorio, de procedimientos tendientes a producir decisiones eminentemente regladas, sujetas, en estricto sentido, a un severo régimen jurídico; o también de procedimientos caracterizados por su flexibilidad en torno a la decisión y conocidos como discrecionales. Lo característico de ambos, según lo dispuesto en los Arts. 35 y 36 del Decreto 01 de 1984, es la fundamentación de la decisión, en pruebas y normas jurídicas pertinentes. De lo contrario se trataría de actos arbitrarios e incursos en posibles vicios de legalidad que podrían provocar su declaratoria de nulidad.

Decisiones fictas o presuntas en vía administrativa.

Silencio administrativo

No toda decisión de la administración es de carácter expreso, escrita o verbal. El legislador ha previsto algunas hipótesis en las cuales, en nuestra opinión, como mecanismo de sanción a la administración morosa, presume el surgimiento de actos administrativos formales con determinados efectos frente a los interesados. Es de observarse que este fenómeno es peculiar de las actuaciones administrativas tendientes a la producción de actos individuales, subjetivos o personales, y de ninguna manera a los actos generales, abstractos o impersonales, donde siempre debe existir una expresa manifestación del órgano estatal o de la autoridad para que el acto surja como tal.

El anterior fenómeno es conocido en la doctrina como decisiones fictas o presuntas, productos del silencio de la administración. En el caso colombiano el legislador ha establecido por excepción, decisiones de esta naturaleza tanto en la vía administrativa como en la gubernativa. La primera, para darle un término a los procedimientos iniciados a través de las peticiones, en cumplimiento de un deber legal u oficiosamente. La segunda, para concluir presuntivamente los recursos administrativos interpuestos contra los actos administrativos. Estas

decisiones pueden igualmente adoptar el carácter de negativas o positivas. Negativas en todos los casos en que el legislador no le hubiere dado efecto especial a la decisión ficta. Desde este punto de vista se constituye la regla general del silencio en el derecho colombiano. Positivas, de manera concreta en los casos en que el legislador hubiere establecido este efecto para el producto del silencio de la administración.

El silencio administrativo es el transcurso del tiempo definido por el legislador y considerado como máximo para adoptar una decisión. Lapso que vencido hace presumir, a manera de sanción para la administración, la existencia de un acto que resuelve, en determinado sentido, la actuación iniciada. El acto emanado del silencio es ficticio; constituye una simple presunción de origen legal para interrumpir la actuación, garantizando de esta manera al interesado su debido proceso, en especial el derecho a una decisión que ponga término en algún sentido a sus relaciones con la administración.

Constituye una ficción en la medida en que el legislador le da vida a un acto que no tiene existencia real. Se trata, por lo tanto, como lo advertíamos al estudiar las características del derecho de petición, de una solución formal y procedimental, no sustancial a la actuación administrativa¹⁴⁴. Tan cierto será lo anterior, que si nos aproximamos al concepto de acto administrativo, estaríamos ante la carencia absoluta de manifestación de voluntad del órgano que ejerce funciones administrativas. Técnicamente podríamos afirmar que es darle vida jurídica a lo inexistente.

No obstante las anteriores aproximaciones al fenómeno, doctrinariamente se le atribuyen dos precisos efectos: Primero, el de mecanismo procesal, en la medida en que se puede argumentar para dar por terminada una actuación. Segundo, sustancial, pues al establecerle un límite - sanción a la administración, pretende garantizar el debido proceso por el simple transcurso del tiempo.

¹⁴⁴ Véase lo expuesto en las notas 136 a 138.

Silencio negativo

Es la regla general. Ante toda ausencia de pronunciamiento de la administración respecto de la cual no se hubieren establecido efectos especiales, se presume que el transcurso del tiempo produce un acto con efectos negativos. El Art. 40 del Decreto 01 de 1984, lo regula frente a las actuaciones administrativas y establece que procede, "...transcurrido un lapso de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva...". La redacción de este artículo no resulta afortunada frente a lo que doctrinalmente se ha entendido como el silencio administrativo. La norma circunscribe el surgimiento del silencio a la no notificación de una decisión que resuelva, y no, como doctrinalmente se expuso, a la inexistencia de pronunciamiento decisorio por parte de la administración. Esta falta de técnica en la redacción puede llevar a discusiones, ya resueltas por nuestra jurisprudencia, en torno al surgimiento del acto administrativo. Esto, porque de ocurrir, la administración ya hubiere adoptado un acto, mas no lo hubiere publicitado; de todas maneras, conforme a nuestro ordenamiento se configuraría el silencio administrativo.

Las autoridades, no obstante la configuración del silencio administrativo, continúan siendo competentes para decidir la respectiva petición. Es más, el inciso 2o. del Art. 40 del Código Contencioso Administrativo, es claro en indicar que por el sólo hecho del silencio las autoridades no quedan exentas, ni pueden excusarse para no decidir la petición inicial. Esta competencia para decidir la petición inicial de todas maneras se pierde cuando el interesado, al vencimiento de los tres meses, hubiere hecho uso de los recursos de la vía gubernativa, contra el acto presunto, fundado precisamente en que la decisión ficta le es contraria por su carácter de negativa.

El problema de la estructuración probatoria de la decisión ficta, le es trasladado por obvias razones procesales a la persona interesada. Resulta evidente que los actos fictos o presuntos, derivados del silencio negativo, no pueden ser notificados por la administración, razón por la cual el llamado a estructurarlo con el fin de que le sirva

de prueba, es el mismo particular comprometido en el derecho de petición. Esta prueba tendrá que formarse con el documento contentivo de la petición y la afirmación de que no se ha producido notificación alguna de decisión por parte de la administración. Corresponderá a la administración demostrar que sí ha cumplido con sus obligaciones procesales en la conformación del acto administrativo.

No obstante el anterior planteamiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado es aún más flexible desde el punto de vista probatorio. Considera que no es una carga del peticionario demostrar la existencia del silencio administrativo. Dice la Corporación lo siguiente: "...cuando el demandante se funda en el silencio de la administración, le basta afirmar que ésta no ha resuelto en tiempo el recurso correspondiente...". Para el caso se debe entender que la administración no ha resuelto la respectiva petición. Agrega el Consejo lo siguiente: "...Es ese el hecho negativo que no requiere, sin embargo, prueba especial, positiva, porque el fenómeno del silencio administrativo-como medio exceptivo que es de poner término al procedimiento gubernativo- está basado en la mora, inercia o desidia de la administración; y mal podría exigirse al demandante que acreditara esa actitud mediante constancias o certificaciones de la misma entidad gubernativa que no ha atendido oportunamente sus reclamos. Exigir esa prueba sería hacer nulatorio el derecho... pues el interesado podría hallarse en simple imposibilidad física de acreditar que la administración no ha resuelto su reclamo... no sobra agregar que si el demandante afirma que la administración no ha resuelto el recurso dentro de los términos legales, y con base en ello promueve la acción contenciosa, y no resulta ello ser cierto, el perjudicado es el propio demandante, pues la acción respectiva puede quedar condenada al fracaso..."¹⁴⁵.

No obstante la amplitud mostrada por el Consejo de Estado, consideramos que por elementales razones, la invocación de silencio negativo, así sea para interponer recursos o acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, debe ir acompañada de la prueba, de que la actuación evidentemente se inició, o de que los recursos fueron

¹⁴⁵. Consejo de Estado; Sala del Contencioso Administrativo; Sección 2da.; Auto del 3 de junio de 1970.

realmente interpuestos. De lo contrario, tanto el funcionario administrativo como el juez contencioso administrativo, carecerían de argumentos ciertos para determinar por lo menos el transcurso de los tres meses de que habla el artículo 40. En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado. En providencia de 1989 indicó lo siguiente: "... Cuando se invoca el silencio administrativo no es necesario probar que la entidad administrativa no ha respondido. Pero sí debe probarse con la copia respectiva, que se hizo la petición y se interpusieron los recursos, para así poder calcular, de acuerdo con la fecha de recibo plasmada en dicha copia, si ha transcurrido el lapso de tiempo que la ley ha previsto para que se entiendan negadas la petición y los recursos, y que fue lo pedido ante la administración. En ausencia de este documento, ni siquiera cabe aquí la posibilidad de hablar de silencio administrativo..."^{145A}.

La persona afectada por el silencio de la administración puede optar: por esperar a que la administración resuelva en cualquier momento su petición, o puede igualmente, después de configurado el silencio, interponer los recursos de ley contra el presunto acto administrativo emanado del silencio de la administración. Estos recursos podrán interponerse en cualquier tiempo, según lo dispone el Art. 51 del Código Contencioso Administrativo. La razón es lógica, el silencio administrativo, como tanto se ha insistido, es una sanción para la administración morosa en el ejercicio de sus funciones. El afectado puede interponer los recursos de reposición y apelación, conforme las reglas del Decreto 01 de 1984. Algún sector de la doctrina, especialmente el profesor y tratadista Miguel González Rodríguez¹⁴⁶, consideran innecesaria la utilización del recurso de reposición y recomiendan la utilización directa del recurso de apelación. La razón que invoca es eminentemente de conveniencia, pues si la administración no ha resuelto la petición, mucho menos habrá de

145A. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección 2da. Sentencia de mayo 15 de 1989; C.P.: Clara Forero de Castro. Exp. 3753

146. González Rodríguez, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*; Ediciones Rosaristas, Bogotá 1984; p.32.

resolver la reposición, razón por la cual es preferible acudir directamente ante el inmediato superior a través del recurso de apelación. Esta opinión la compartimos, fundados en lo dispuesto en el inciso 3o. del Art. 51. del Decreto 01 de 1984, que deja abierta la posibilidad para que se haga uso directamente del recurso de apelación cuando así lo considere la persona afectada.

De tratarse el funcionario moroso, de aquellos que no tienen superior jerárquico, es posible demandar directamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo en la actuación administrativa. Concluimos lo anterior, precisamente de la no obligatoriedad del recurso de reposición. En estos mismos términos se ha pronunciado el Consejo de Estado en el fallo de 1989 indicando lo siguiente: "...si formulada una petición, transcorre el término de tres meses establecido en el Art. 40 del C. C. A., se configura un acto presunto negativo y si contra él sólo cabe el recurso de reposición, la vía gubernativa se ha agotado si no se interpone dicho recurso, según lo establece el Art. 63 del mismo Código..."^{146A}.

Un problema de reflexión se presenta en cuanto lo que tiene que ver con el ejercicio de las acciones contenciosas administrativas frente al acto ficto o presunto. Conflicto que emana no solo de la concepción doctrinal del silencio, sino también de la misma redacción de los artículos 40 y 60 del Decreto 01 de 1984, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 23 del Decreto 2304 de 1989, que modificó el 136 del Código Contencioso Administrativo en cuanto tiene que ver con la caducidad de las acciones. El litigio interpretativo implica evidentes consecuencias desde el punto de vista de la protección judicial a los derechos ciudadanos. La tesis que adoptemos, incide de manera clara en la sustancia misma de los derechos fundamentales, específicamente en el debido proceso.

^{146A}. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sentencia del 29 de marzo de 1989; C.P.: Aydeé Anzola Linares. Exp. No. 3751.

Son dos las posiciones que se han enfrentado en torno a este problema interpretativo. La primera tesis sostiene la vigencia plena del Art. 136, inciso 2 del Código Contencioso Administrativo con las modificaciones introducidas por el Decreto 2304 de 1989 y la consecuente caducidad de cuatro meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configura el silencio negativo. La segunda sostiene la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el Art. 23 del 2304 de 1989, sobre caducidad de la acción tratándose del acto presunto, y la posibilidad de demandar ante la jurisdicción contenciosa en cualquier tiempo.

La primera tesis es defendida por el profesor Miguel González Rodríguez, en la obra antes citada, cuando indica lo siguiente: "Como la disposición posterior de un mismo estatuto o código prevalece sobre la disposición o disposiciones precedentes, según una regla de aplicación de derecho de la ley, aun cuando la administración no pierda la competencia para pronunciarse después de vencidos los plazos, no le queda otro camino al administrado que el accionar contra el acto ficto o presunto dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento de los plazos y conservar y mantener la esperanza de que la administración lo haga antes que transcurran los cuatro meses de caducidad de la acción, caso en el cual, como dijimos, el pronunciamiento tardío podría considerarse como válido, en cuanto sea favorable para el peticionario o recurrente, que, ante ello, podría desistir expresamente de la acción que ejerció".

Posición contraria es defendida por el profesor Carlos Betancur Jaramillo, para quien el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, fue evidentemente modificado por el Art. 23 del Decreto 2304 de 1989, al establecer los cuatro meses de caducidad. Norma que en su momento debía haberse interpretado de manera sistemática con los artículos 1 y 7 del mencionado decreto, los cuales desafortunadamente fueron declarados inexecutable en sentencia del 20 de junio de 1990 por la Corte Suprema de Justicia. Desaparecidos del ordenamiento dichos artículos la caducidad del 136 no tiene operancia. Agrega el tratadista que dicha disposición debe ser inaplicada por inconstitucional. "...si lo dicho tiene aplicación frente al silencio por la no resolución oportuna de los recursos. (Art. 60 del C.C.A.), con mayor razón deberá aplicarse en relación con el silencio

ante la petición inicial. (Art. 40 del C.C.A.)... las soluciones propuestas acatan el carácter de privilegio que para el administrado tiene el silencio. No sería equitativo sostener hoy, luego de la inexequibilidad de los Arts. 1 y 7 del Decreto 2304, que la acción le caduca a quien permaneció paciente en espera de la decisión de los recursos, aun después de vencido el plazo que la administración tenía para hacerlo y cuando ésta ya no pierde la competencia. La aceptación de la fórmula contraria, no solo premiaría a la administración morosa, sino que constituiría una verdadera trampa para los administrados..."¹⁴⁷.

Silencio positivo

El silencio positivo constituye la excepción dentro de los silencios en el derecho colombiano. Implica, por expreso mandato del legislador, la presunción de una decisión favorable al peticionario. Desde nuestro punto de vista, es para la administración morosa una sanción aún mucho más grave que la producida por el silencio negativo. Se parte de que supuestamente son favorables al solicitante las pretensiones invocadas en su escrito petitorio. Solamente procede en los casos en que expresamente el legislador ha previsto este efecto para los actos fictos.

El término para contar el silencio positivo será desde el inicio mismo de la respectiva actuación, siempre y cuando que la petición que la origina reúna los requisitos establecidos en la ley para su invocación. Para estos efectos el Art. 42 del Decreto 01 de 1984, determina que la copia de la petición, a que hace referencia el inciso final del Art. 5o., es decir, aquella en que conste la fecha de su presentación y el número y clase de los documentos anexos, debidamente autenticada por el funcionario respectivo, deberá ser protocolizada junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, es decir, dentro de los tres meses siguientes al inicio de la actuación.

147. Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho procesal administrativo*; 3a. Edición 1992; Señal Editora; pp. 110 y 111.

La escritura de protocolización y sus copias, producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así.

De haberse desconocido los términos de los Arts. 41 y 42 del Decreto 01 de 1984, para la prueba y configuración del silencio administrativo positivo, pueden las autoridades revocar directamente el acto ficto derivado de un silencio administrativo a través de una protocolización espúrea. En nuestra opinión esta revocación es directa sin necesidad de solicitar al peticionario permiso alguno. Así lo dispone el Art. 73 del Código Contencioso Administrativo, cuando dispone que "...habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo, positivo, si se dan las causales previstas en el Art. 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales..."

CAPITULO SEPTIMO
PUBLICIDAD DE LAS DECISIONES
ADMINISTRATIVAS. REGIMEN POSITIVO

1. Generalidades	193
2. Publicidad de actos generales	195
3. Publicidad de actos individuales	200
- Notificación por edicto	202
- Notificación a terceros interesados	203
- Notificación por conducta concluyente	204
- Irregularidades de las notificaciones	204

CAPITULO SEPTIMO

PUBLICIDAD DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS.

REGIMEN POSITIVO¹⁴⁸

Sumario: 1. Generalidades. 2. Publicidad de actos generales. 3. Publicidad de actos individuales. Notificación por edicto. Notificación a terceros interesados. Notificación por conducta concluyente. Irregularidades de las notificaciones.

1. GENERALIDADES

Producido el acto administrativo en las condiciones anotadas en los capítulos anteriores, el mismo no pasa de ser un fenómeno propio de la intimidad de la administración; intrascendente al exterior de la misma, y carente de fuerza jurídica para producir efectos frente a terceros. En estas condiciones el acto administrativo, no vincula jurídicamente. Corresponde a la administración, por lo tanto, iniciar los procedimientos administrativos indispensables para dar a conocer sus decisiones. Fenómeno conocido como de la publicitación de los actos.

La publicidad es uno de los principios que el constituyente ha establecido como rector de la función administrativa del Estado. El Art. 209 Constitucional en concordancia con el 3o. del Código

148 *Cit. supra* nota 59. Moles Coubet, Antonio. "Introducción al Procedimiento Administrativo", en *Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración*, Caracas, Universidad Central de Venezuela. Vol. IV. 1980-1981 pp. 16 y ss. Vidal Perdomo, Jaime. "Principios Generales que rigen la nueva legislación Contenciosa Administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, Medellín, No. 65, Universidad Pontificia Bolivariana, abril-junio de 1984. p. 103.

Contencioso Administrativo, incorpora la publicidad al ordenamiento como el conductor básico de la actividad de las autoridades, evitando de esta manera el ocultamiento y la acción oscura de los servidores públicos. Como principio se encuentra en estrecha relación con los derechos fundamentales a la información, petición y acceso a los documentos públicos. Desde este punto de vista constituye piedra angular de la democracia transparente, del respeto a los derechos de los asociados y es prenda de garantía para el control de las actuaciones y decisiones que afecten al conglomerado en general o de manera particular a los asociados. Precisamente el Art. 10. de la Ley 57 de 1985, define la finalidad específica de la publicitación, indicando que la misma resulta inevitable para que la opinión conozca y se informe "...sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades..." además de los otros efectos que según la ley, implica la publicitación de un acto.

La publicidad se traduce, desde el punto de vista de los procedimientos administrativos, en la necesidad de dar a conocer las decisiones mediante comunicaciones, notificaciones o publicaciones. Es más, la eficacia jurídica de los actos administrativos depende directamente de los efectivos y legales procesos de publicitación.

El problema de la publicitación, sin embargo, ha dado lugar a tesis enfrentadas dentro de la teoría del acto administrativo. Como lo observamos en el Capítulo Tercero de esta obra, el nacimiento de los actos administrativos es discutido por la doctrina, tomando como punto de partida la publicitación de los mismos. Exponíamos en aquella oportunidad tres interesantes tesis sobre este problema. Una, del elemento esencial, que considera que los procedimientos que estudiaremos a continuación hacen parte integrante de la legalidad del acto, considerando en consecuencia que mientras el acto no se publicite no existe. La tesis o teoría de la eficacia u oponibilidad, que considera la publicitación un mero sendero para la ejecución del acto y su acatamiento por parte del sujeto pasivo, existiendo el acto independientemente de su publicitación para la validez. Y la teoría intermedia, elaborada recientemente por el Consejo de Estado, que considera que la publicitación no es un impedimento, tratándose de

los actos generales, para realizar su control por la vía jurisdiccional. Dentro de este contexto debemos estudiar entonces los diferentes procedimientos que el legislador ha establecido para que el acto surta efectos jurídicos.

2. PUBLICIDAD DE ACTOS GENERALES

La publicación de los actos de carácter general se encuentra regulada en el Art. 43 del Decreto 01 de 1984 en concordancia con la Ley 57 de 1985. Debemos aclarar que el procedimiento legal de publicación que a continuación se explicará, conjuga ambas disposiciones, buscando ante todo estructurar el debido proceso de la publicación, tratándose de los actos administrativos generales y es el adecuado para que se cumpla cabalmente con los postulados y finalidades de la publicación. Las características procesales de la publicación son las siguientes:

- Los actos administrativos que tengan el carácter de generales tan sólo serán obligatorios para los particulares en el momento en que hayan sido publicados en el diario oficial o en el diario, gaceta o boletín que la administración y sus entidades tengan destinados para tales fines. (Art. 43 Inciso 1, Ley 57 de 1985 Arts. 1, 3, 5 y 9). Tratándose de la actividad de las autoridades nacionales deberán ser publicados en el diario oficial los actos a que hace referencia el Art. 2o. de la Ley 57 de 1985, esto es, en cuanto a las autoridades administrativas los siguientes: a) los decretos del gobierno, b) las resoluciones ejecutivas, c) los actos del gobierno, de los ministerios, de los departamentos administrativos, de las superintendencias y de las juntas directivas o gerentes de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales, d) los actos de naturaleza similar a la señalada en el literal anterior que expidan otras autoridades por delegación que hayan recibido o por autorización legal, e) los actos que lleven la firma o contengan la aprobación del Presidente de la República (Art. 3 Inciso 2).

Los asuntos señalados en los literales b, c, e y f, del inciso anterior, según el artículo 8o. de la Ley 57 de 1985, sólo regirán después de la fecha de su publicación. El Consejo de Estado en reiteradas

oportunidades le ha dado entidad al anterior planteamiento. Se acepta la tesis de la existencia del acto, pero de la ausencia de eficacia cuando el mismo no ha sido publicado. En sentencia del 1985, indicó lo siguiente: "...sobre la exigibilidad de los actos administrativos antiguas disposiciones legales han dispuesto que ella no opera sino cuando son publicados, si son de carácter general o actos regla... de igual manera, la publicación de las leyes ha sido un requisito impuesto por la norma legal, para hacerlas exigibles, puesto que de ellas, como de los actos administrativos generales, no puede pedirse su cumplimiento a los administrados, y hacerse efectiva la presunción de su conocimiento, sino cuando se les ha dado a la publicidad... pero, además, es claro que no basta la expedición del acto administrativo para hacer exigible su cumplimiento, pues si bien pudo haber adquirido validez, solamente adquiere eficacia cuando se exterioriza la manifestación de voluntad administrativa mediante la realización de los llamados actos de integración, consistentes en su divulgación por medio de la publicación..."¹⁴⁹. Implica lo anterior que la administración no puede, no solamente hacer eficaz un acto de carácter general sin su debida publicación, sino también, le está vedada la posibilidad de pretender disponer que el mismo surta efectos a partir de la fecha de su expedición. Con la expedición, el acto nace a la vida jurídica, con la publicación el mismo se hace eficaz y oponible a los asociados. En el fallo de 1988 indicó la Corporación lo siguiente sobre este problema: "...Pero no es menos verdadero que cuando tal acto administrativo se produce, ostenta carácter general y, por ende, su obligatoriedad está supeditada a que sea publicada en un medio de comunicación legalmente idóneo, como los indicados en el primer inciso del Art. 49 del Código Contencioso Administrativo. Ciertamente un acto de tal naturaleza no puede regir a partir de la fecha de su expedición, salvo en el caso eventual de que está coincida con la fecha de su publicación..."¹⁵⁰.

149. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta Auto de julio 9 de 1985.

150. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; sección cuarta; Auto del 1 de octubre de 1988. C.P. José Ignacio Narváez García.. Exp. 2288.

Desde el punto de vista del control jurisdiccional de los actos administrativos de carácter general, no publicados, ya hicimos algunas referencias en el Capítulo Tercero de esta obra, al tratar el problema de las teorías sobre el surgimiento del acto administrativo. No obstante, por su importancia, consideramos prudente presentar las diferentes interpretaciones que la jurisdicción le ha dado al asunto: Inicialmente y por simples razones de conveniencia, en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, se consideró necesario que los actos generales no notificados fueran objeto de control jurisdiccional. Esta tesis replanteaba la tradicional concepción de la Corporación en cuanto la improcedencia de demandas contra actos de carácter general no publicitados. La tesis favorable al control, que debemos advertir fue posteriormente revaluada durante largo tiempo por la Corporación, se fundamentó en los siguientes términos: "...El sólo hecho de que el acto no ha sido promulgado permitiría concluir que no está vigente y por tanto no puede ser materia de juicio, tal como recientes doctrinas del Consejo lo han establecido. Sin embargo, tales doctrinas han sido adicionadas y complementadas en el sentido de que son admisibles las demandas de actos no promulgados cuando su vigencia depende de tal requisito, porque la experiencia enseña que muchas agencias de la administración son poco celosas en el cumplimiento de las ritualidades que constituyen garantías para los gobernados y que aunque ello no constituya delito, ponen en vigencia y exigen el cumplimiento de actos con los defectos anotados. La sola declaración que haga el Consejo en auto que no admita la demanda sobre inexistencia del acto acusado por falta de promulgación, no es suficiente para impedir que las autoridades le den aplicación y por eso ha decidido adicionar y complementar la doctrina en el sentido de que en tales casos la demanda debe ser admitida..."¹⁵¹.

Posterior pronunciamiento retomaron la doctrina tradicional de la exigencia de publicación para admitir las demandas respectivas. Estos pronunciamientos se sustentan en la teoría ya analizada en el Capítulo Tercero de la falta de eficacia del acto administrativo no publicitado. La Corporación ha indicado, entre otras providencias, lo

151. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta; Auto del 11 de septiembre de 1969.

siguiente sobre el problema: "...La sala se ha pronunciado en contra de la admisión de demandas sobre actos no publicados cuando el requisito de la publicación sea necesario para entrar a regir. Igualmente ha expresado su criterio sobre la no exigibilidad del acto, antes de su publicación, lo cual se reitera en esta oportunidad, que se deriva de lo preceptuado por el Art. 43 del C. C. A. y lo dispuesto en la Ley 57 de 1985, en el sentido de que los actos que requieran ser publicados para entrar en vigencia, no son exigibles ni para los particulares, ni para los funcionarios, mientras tal requisito no se lleve a cabo..."¹⁵².

En reciente providencia, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, admitió la demanda contra un acto general no publicado, argumentando que para efectos del control jurisdiccional, y frente a la Legislación vigente no era necesaria la publicación del acto. Esta providencia que la hemos analizado ampliamente en el Capítulo Tercero de esta obra, constituye en nuestra opinión el mejor ejemplo del reconocimiento del derecho sustancial sobre el derecho meramente adjetivo. Con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez, la Corporación indicó específicamente sobre el tema lo siguiente: "...Para el ejercicio de la acción pública de nulidad, no sólo no es necesaria la prueba de la publicación, como resulta de la anterior jurisprudencia, sino que tampoco se requiere la de su ejecución. El ejercicio de la acción pública, sólo está condicionado a que el acto administrativo haya sido expedido, independientemente de que haya sido o no publicado y aún de que haya sido o no ejecutado..."¹⁵³.

No obstante, esta tesis no ha sido uniforme, el Consejo de Estado ha reiterado en algunas oportunidades posteriores, su teoría de la necesaria publicación para que prospere la acción contra el acto administrativo. En providencia del 11 de octubre de 1991, con

152. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Cuarta; Auto de 2 de marzo de 1990. En igual sentido puede consultarse la providencia del 30 de mayo de 1988 de la Sección Cuarta, y la providencia del 23 de octubre de 1991, de la Sección Segunda.

153. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; Sentencia de octubre 11 de 1990. C.P.; Libardo Rodríguez, expediente 1051.

ponencia de Miguel González Rodríguez, expediente 1841, en la misma sección 1a., con participación del Consejero Ponente de la sentencia de 1990, se expuso tesis contraria.

- Tratándose de los departamentos, el Art. 50. de la Ley 57 de 1985, en concordancia con el Art. 330 del Decreto 1222 de 1986, establece la necesidad de la existencia de un diario, boletín o gaceta oficial, en la cual se deberán publicar las ordenanzas de la Asamblea Departamental: a) los actos que expida la Asamblea Departamental y la mesa directiva de ésta para la ejecución de su presupuesto y el manejo del personal a su servicio, b) los decretos del Gobernador, c) las resoluciones que firmen el Gobernador u otro funcionario por delegación suya, d) los actos de la Gobernación, de la Secretaría del Despacho y de las Juntas Directivas y Gerentes de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales u objetivas o que tengan alcance o interés generales, f) los actos de naturaleza similar a la señalada en el literal anterior que expidan otras autoridades departamentales por delegación que hayan recibido o por autorización legal u ordenanza, g) todos los actos que conforme a la ley o a las ordenanzas deban publicarse.

Tratándose de los actos de las Asambleas Departamentales, estas corporaciones podrán acordar una publicación anual que los contenga, esto para efecto de divulgación, e incluso en nuestra opinión, para subsanar cualquier ausencia de publicación oficial de los mismos.

Los actos indicados en los literales a, c, f, y g, del artículo 50. sólo regirán a partir de la fecha de su publicación.

- Los municipios también deberán editar el diario, gaceta o boletín oficial, para efecto de publicitar sus actos. (Ley 57 de 1985; Art. 10. Decreto 1333 de 1986 Art. 379). De todas maneras, en aquellos municipios donde no existiere este órgano oficial de publicidad, se podrán divulgar los mismos mediante fijación de avisos, distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando. Estas alternativas como solución inmediata a las deficiencias que puedan existir en razón de recursos o de medios en los alejados municipios colombianos.

De todas maneras, los actos municipales sólo entrarán a regir, es decir, ser oponibles frente a terceros con posterioridad a su publicación. (Art. 43, Decreto 01 de 1984, en concordancia con el Art. 52 del Código de Régimen Político Municipal). No obstante lo anterior, la Ley 136 de 1994, amplía los mecanismos de publicidad municipal, a establecer en su artículo 81, como medio válido para la eficacia de los Acuerdos Municipales, la publicitación a través de emisora (televisiva o radial) local o regional. De igual manera, le otorga a las administraciones locales 10 días para estos efectos. Estos 10 días no son causal de nulidad del acto si no se cumplen. Todo lo contrario, si no se cumplen serían ante todo causal de mala conducta del respectivo alcalde.

3. PUBLICIDAD DE ACTOS INDIVIDUALES

La forma de publicitación de los actos individuales es la notificación. Mecanismo de relación directa y carácter específico entre la administración y la persona respecto de la cual el acto debe producir efectos jurídicos. Refleja la protección que los asociados deben tener del Estado en cuanto a la contradicción de las decisiones administrativas y el derecho de defensa. Sobre este aspecto, finalístico de la notificación, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente: "...La notificación de los actos administrativos que crean, extinguen o modifican un derecho particular y concreto, es la forma por excelencia como se materializa el derecho de defensa toda vez que por medio de ella, se coloca al administrado en situación de conocer la definición gubernativa para consentir en ella o impugnarla, según el caso. También es importante la notificación, para determinar el surgimiento o la extinción de otros derechos diferentes al directamente relacionado con la decisión gubernamental, como son precisamente los derechos de acción, cuyo ejercicio puede estar restringido en el tiempo, y de hecho lo está en las acciones de restablecimiento del derecho..." ¹⁵⁴.

Ahora bien, desde el punto de vista de la oponibilidad forzosa de un acto administrativo no notificado, la jurisprudencia ha sido explícita

¹⁵⁴. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de mayo 4 de 1990; C.P. : Guillermo Chalún Lizcano. Exp. 2286.

en indicar que los perjuicios o daños que se ocasionen podrán ser controlados a través de la acción propia para examinar las operaciones administrativas, esto es, a través de la acción de reparación directa¹⁵⁵.

Los mecanismos o procedimientos de notificación varían según los procedimientos especiales establecidos legalmente, de todas maneras la norma general del Decreto 01 de 1984, establece las siguientes características:

- Los actos administrativos de carácter individual y concretos que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado. (Art. 44 inciso 1). Cuando el peticionario que haya provocado la actuación administrativa no fuere el titular del interés legítimo necesario para obtener lo solicitado o pedido, la autoridad competente negará la petición al peticionario, notificándolo en este sentido, y la decisión que corresponda sustancialmente a lo pedido la notificarán a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hubiere. (Art. 35, inciso 3).
- La notificación personal se hará por el medio más eficaz para informar al interesado de lo resuelto por la autoridad. Si la administración no encuentra un medio más apropiado deberá proceder a citar al interesado a la dirección que aquél haya informado tener en cualquier momento de la actuación administrativa o posteriormente a ésta; la constancia del envío de la citación se anexará al expediente. Esta citación deberá ser enviada dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto (Art. 44 inciso 3).
- Los actos de inscripción que realicen las autoridades de registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación (Art. 44 inciso 4.). Se trata de una notificación, especial, excepcional, que rompe con el criterio de la

155. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de abril 17 de 1991, Sección Tercera. C.P.: Julio César Uribe Acosta, Exp. 6602.

convocatoria que exige la norma general del Art. 44. Por esta razón, desde el punto de vista práctico, implica un traslado de la responsabilidad de la notificación a la persona interesada. No obstante, en su aplicación, la jurisprudencia ha sido flexible, porque si bien es cierto que el desconocimiento de la ley no es excusable, la protección y la defensa de los derechos ciudadanos, sí debe ser una constante de las normas procedimentales. En este sentido el Consejo de Estado, ha indicado lo siguiente: "...Para la Sala, si bien es cierto que el Art. 44 inciso 4 del C. C. A., establece que los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos, se entienden notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación... En el presente caso, el término de caducidad debe contarse desde el momento en que el demandante tuvo conocimiento de la conducta omisiva de la Oficina de Registro, que tenía a su cargo la función registral, pues el administrado no tiene por qué verificar si la Administración cumplió cabalmente con su función o no cuando de buena fe tiene bases para pensar que sí lo hizo, a pesar de que realmente no hubiera sido así ..."156.

- Si el interesado compareciere a la notificación, firmará la misma, pudiendo en el acto interponer los recursos que procedan en vía gubernativa; el funcionario que corresponda le entregará gratuitamente copia íntegra y auténtica de la decisión.

- Si la actuación se inició por petición verbal la notificación personal podrá realizarse de la misma manera. De todas formas, en el texto de la notificación o en la diligencia de notificación verbal se deberá indicar al interesado los recursos que legalmente procedan contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. (Art. 44 inciso 2).

Notificación por edicto

Se trata de un mecanismo de excepción, que en el texto del Decreto 01 de 1984, sólo procede ante la imposibilidad de realizar la notificación

156. Consejo de Estado, Sala del Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia de mayo 7 de 1990. C.P.: Gustavo de Greiff Restrepo.

personal. Las autoridades solamente pueden acudir a este mecanismo, cuando hubieren agotado todos los medios posibles para la notificación de que trata el Art. 44 del Código Contencioso Administrativo. De esta forma, si resultaren infructuosas las medidas tomadas para realizar la notificación personal y han transcurrido cinco (5) días del envío de la citación, el funcionario competente notificará el acto administrativo individual, mediante edicto que se fijará en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción siempre de lo que se pretende notificar, es decir, de la parte resolutive del acto administrativo. (Art. 45).

Notificación a terceros interesados

Tratándose de actos de efectos individuales, si las autoridades encuentran que las decisiones que ponen término a una actuación administrativa afectarán directa e inmediatamente a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutive, por una vez, en el diario oficial o en cualquier medio que destine la administración al efecto; por último, en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones. Se trata de una medida que procura garantizar al máximo el debido proceso y el principio a la controversia de quien pueda resultar afectado con una decisión de carácter individual. El Consejo de Estado, ha identificado el alcance de esta medida establecida en los Arts. 35 inciso 3o. y 46 del C. C. A., argumentando que se trata de una modalidad más de las notificaciones mandadas por la ley en favor de quienes no han tenido oportunidad de participar en la actuación previa a la decisión: no se trata de una convocatoria al público en general, sino a quienes tengan un interés directo identificado por las autoridades al adoptar la decisión. "...En realidad son personas que por los documentos de la actuación resultan conocidos para las autoridades, pero que al no tener protagonismo alguno dentro de la actuación, no se benefician de la certeza de la notificación personal... los terceros tienen, tanto como los protagonistas de la actuación, el derecho a interponer los recursos de la vía gubernativa y a ejercer las acciones contenciosas que establece la ley. Ellos pueden alegar un interés expresado en el desconocimiento o en la reducción injusta e

ilegal de sus derechos y situaciones jurídicas particulares. Ese interés es el que les confiere la legitimidad para formular sus recursos e incoar las acciones pertinentes..."¹⁵⁷.

Notificación por conducta concluyente

Mientras no se cumplan los requisitos anteriormente enunciados, los actos administrativos no podrán producir efecto alguno. Sin embargo, la regla admite una excepción, la cual es regulada en el Art. 48 del Código Contencioso Administrativo, y se estructura por la acción de la persona interesada al realizar determinadas acciones de carácter positivo, que permiten concluir que conocen la decisión. Para que proceda este tipo de notificación ficta o presunta, se requiere la presencia de los siguientes elementos: -Que la parte interesada se dé por suficientemente enterada de la respectiva decisión administrativa; -Que convenga en tal decisión; -Que si no conviene en la decisión, utilice en el tiempo establecido los recursos legales¹⁵⁸.

Irregularidades de las notificaciones

Las publicaciones y notificaciones no constituyen de por sí acto administrativo diferente al acto que complementan; son, en estricto sentido, parte de una actuación, para el caso, administrativa. Además son el medio legal suficiente para hacer conocer a los asociados y a las partes o interesados las determinaciones que se tomen en la actuación administrativa; no se les puede considerar como actuaciones finales del procedimiento administrativo, por cuanto éste finaliza mediante los llamados actos administrativos. Las notificaciones no son actos administrativos, son simplemente parte de un proceso administrativo¹⁵⁹.

157. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de abril 26 de 1990, C.P.: Pablo J. Cáceres Corrales.

158. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera. Sala Unitaria. C.P.: Guillermo Benavides Melo. Auto del 26 de enero de 1990. Expediente 1143.

159. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, auto de agosto 30 de 1977, Anales del Consejo de Estado, año LII, tomo XCIII, núms. 445-446, segundo semestre 1977, p. 257.

La falta de publicación o notificación de un acto administrativo o la deficiencia en las mismas implicará que no se tenga por hecha la publicación o notificación y, en consecuencia, no produciría efectos legales el acto administrativo en cuestión; la razón es evidente y lógica si se piensa que todo acto que afecte los derechos de los gobernados debe ser promulgado y/o notificado del modo como lo ordena la ley y no puede regir sin este requisito, que no es simplemente formal sino esencial, por cuanto a nadie puede exigírsele cuenta por sus actos si las leyes que debe cumplir y a las cuales debe sujetar su conducta no se le han dado a conocer, en absoluto, ninguna manifestación de la administración puede ser obligante y vinculante sin su promulgación o notificación. (Art. 48)¹⁶⁰.

Por otra parte, en el texto de toda notificación como lo establece el Art. 47 del C. C. A., deberá indicarse a la persona interesada, los recursos que legalmente proceden y las autoridades ante los cuales deben interponerse y los plazos para hacerlo. La no observación de este precepto implicaría eventualmente que la Administración esté perturbando o impidiendo el normal ejercicio de los controles gubernativos y de las acciones contenciosas administrativas. Desde este punto de vista, se configuraría lo dispuesto en el inciso final del Art. 135 del C. C. A., con las modificaciones introducidas por el Art. 22 del Decreto 2304 de 1989. Esto es, que no se está dando oportunidad de defensa adecuada, razón por la cual se puede acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de manera directa¹⁶¹.

160. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, sentencia de octubre 3 de 1968, *Anales del Consejo de Estado*, año XLIII, tomo LXXV, núms. 419 y 420, segundo semestre 1968, p. 168.

161. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 7 de septiembre de 1988. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. En esta providencia, el Consejo de Estado expone en los mismos términos la tesis que hemos sustentado.

CAPITULO OCTAVO
IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
POR LA VIA ADMINISTRATIVA

1. Generalidades	207
2. Vía gubernativa	208
3. Recursos en vía gubernativa	212
- Recurso de reposición	213
- Recurso de apelación	214
- Recurso de queja	215
- Requisitos generales de los recursos	216
- Período probatorio	220
- Perención y el desistimiento	221
4. Decisiones en vía gubernativa. Silencio administrativo	222
- Silencio ficto o presunto en vía gubernativa	223
5. Agotamiento de la vía gubernativa	224
6. Revocación directa	226
- Revocación como recurso	227

CAPITULO OCTAVO

IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS POR LA VIA ADMINISTRATIVA¹⁶²

Sumario: 1. Generalidades. 2. Vía gubernativa. 3. Recursos en vía gubernativa; Recurso de reposición; Recurso de apelación; Recurso de queja; Requisitos generales de los recursos; Período probatorio; Perención y desistimiento. 4. Decisiones en vía gubernativa. Silencio administrativo. Silencio ficto o presunto en vía gubernativa 5. Agotamiento de la vía gubernativa. 6. Revocación directa. Revocación como recurso.

1. GENERALIDADES

El proceso de publicitación para los actos individuales estudiado en el capítulo anterior, no significa en todos los casos la terminación de las actuaciones administrativas. En ejercicio del principio de la contradicción, los sujetos pasivos de las decisiones administrativas, pueden prorrogar los senderos administrativos con el exclusivo propósito de discutir ante la misma administración el respectivo acto, con el fin de que sea aclarado, modificado o revocado. En otros términos: si durante la primera parte de las actuaciones administrativas se procura estructurar una decisión con el pleno cumplimiento de los presupuestos legales, notificada la misma se le posibilita al destinatario

162. Betancur, Jaramillo Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*; Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*, Escola, Héctor Jorge. *Tratado General de Procedimientos Administrativos*; Fiorini, Bartolomé. *Derecho Administrativo*; Moles Coubet, Antonio. *Introducción al Procedimiento Administrativo*.

del acto, entrar en controversia directa con las autoridades con el fin de discutir los términos legales de la decisión y obtener de ésta una respuesta. Este fenómeno es conocido en nuestro derecho como el de la vía gubernativa, y se estructura a partir del uso de los recursos ordinarios, establecidos en el Código Contencioso Administrativo o en los procedimientos especiales.

Ahora bien, si el afectado no desea controvertir lo dispuesto por la administración, el acto se hace eficaz y ejecutable dentro del término subsiguiente a su notificación. Significa esto, que en nuestro medio y frente a la eficacia del acto, la prórroga de la actuación administrativa a una segunda etapa, o de la vía gubernativa, depende exclusivamente del sujeto pasivo del acto. No se inicia por imperativo legal, sino por decisión unilateral del interesado que se considera afectado en sus derechos, y como una modalidad de resolución directa de conflictos entre las mismas partes involucradas en el acto administrativo.

No obstante el anterior planteamiento, la ley procedimental administrativa y la contencioso administrativa, sí exigen como presupuesto indispensable para acudir ante los jueces administrativos, el haber agotado previamente la vía gubernativa. Esto, sin embargo, no desvirtúa el carácter de potestativa de esta etapa procedimental administrativa.

2. VIA GUBERNATIVA

Del anterior contexto doctrinal podemos concluir que la vía gubernativa, es la etapa de las actuaciones administrativas, subsiguiente a la notificación y provocada por el sujeto pasivo de la decisión, mediante la interposición legal y oportuna de recursos con el fin de controvertir el acto en cuanto a su legalidad, ante la misma autoridad que lo adoptó o ante su inmediato superior, con el fin de que éstas lo reconsideren modificándolo, aclarándolo, o revocándolo.

Se trata, entonces, de una controversia en el exclusivo ámbito de la legalidad de la decisión y no en el mérito u oportunidad de la misma. Esto debe quedar muy en claro, si consideramos la vía gubernativa

como presupuesto básico de la vía jurisdiccional. En consecuencia las causales de reclamación contra los actos administrativos enunciados en el Art. 84 del Código Contencioso Administrativo deben constituir el punto de partida para la utilización de los recursos gubernativos. En la práctica se trata de hacer incursionar a la administración en una revisión de lo dispuesto respecto del sujeto pasivo; razón por la cual serán los argumentos jurídicos de inconstitucionalidad o ilegalidad en cualquiera de sus modalidades los que deben servir de sustento a la reclamación.

Como lo explica el profesor Betancur Jaramillo¹⁶³, se trata de poner en juego el control de legalidad en sede administrativa. Razón elemental para advertir a la administración de los posibles vicios que emanen de su decisión.

La vía gubernativa es un privilegio de las decisiones plenas y de los actos individuales; no procede contra actos de carácter general, frente a los cuales lo procedente es la impugnación directa ante la jurisdicción contenciosa administrativa; no es igualmente procedente su apertura para discutir meros actos de la administración, es decir, aquellos que no contienen una decisión creadora de efectos o situaciones jurídicas, como los llamados actos de trámite o preparatorios que desde el punto de vista sustancial están dirigidos tan sólo a la impulsión del procedimiento respectivo por parte de la administración. Son simples instancias dentro de una actuación tendiente a producir una decisión final. Se incluyen, por el legislador, como excepciones a la vía gubernativa, de igual manera los actos de ejecución los cuales corresponden técnicamente a operaciones administrativas de cumplimiento de lo dispuesto en la decisión final de la actuación. (Art. 49).

El legislador, sin embargo, puede determinar casos en los cuales procedan recursos contra actos intermedios. Por otra parte, si algunos de los calificados como acto de trámite, preparatorios o de ejecución,

163. Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*; op. cit.; *supra* nota No. 147. p. 110.

contienen una decisión, a pesar de su ubicación dentro del trámite de formación del acto, en nuestra opinión son susceptibles de discusión por la vía gubernativa. En estos casos, como lo explicamos a propósito del concepto de acto administrativo, lo determinante es la existencia de una decisión que esté llamada a producir efectos jurídicos. En este sentido el Art. 50, inciso final, del Código Contencioso Administrativo, se pronuncia sobre lo que sustancialmente sería un acto, objeto de la vía gubernativa.

Según esta disposición, lo importante para la procedencia de los recursos de vía gubernativa, es que el acto ostente la condición de ser definitivo, porque pone término al asunto o porque lo resuelve de fondo. Con este argumento podemos concluir, que si, independientemente de la ubicación del acto, el mismo contiene una decisión, éste debe ser objeto de controversia gubernativa si el sujeto pasivo se cree vulnerado en sus derechos. De no procederse en este sentido, se estaría impidiendo el ejercicio de los recursos legales y el afectado podría demandar directamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Observadas estas características de la institución, podemos afirmar, que en conjunción con el principio de la contradicción, la vía gubernativa se destaca, igualmente, como uno de los principales mecanismos de control al interior de la administración. Control de carácter jurídico, que incluso permite de manera tangencial medir la eficiencia misma de la entidad. En interesante providencia de 1990 el Consejo de Estado, después de un detallado estudio sobre los tipos de controles existentes en el ordenamiento jurídico, ubica precisamente a la vía gubernativa dentro de los controles verticales o jerárquicos en el interior de la administración lo cual permite a las entidades y autoridades depurarse jurídicamente de manera interna sin la intervención de poderes externos. La Corporación indicó al respecto lo siguiente: "...De manera general los controles en la actividad del aparato estatal garantizan la gestión de los funcionarios y la producción del derecho positivo en un todo acordes con el ordenamiento jurídico superior... otra clase de controles operan frente a la producción normativa, la expedición de actos jurídicos, negocios o hechos

realizados a propósito de la gestión pública. El control podrá, entonces, eliminar del orden jurídico, la norma o el contrato que contradiga el orden superior y, si es el caso, responsabilizar al Estado para que indemnice a quien resultare lesionado injusta o ilegalmente por la acción oficial...”, los controles, agrega la providencia, pueden ser horizontales o verticales: Los primeros se caracterizan por la intervención recíproca dentro de los poderes y los segundos, “..... que funcionan vertebrados por el principio jerárquico según el cual una instancia superior puede revisar la actuación del inferior para revocarla, modificarla o aclararla. El doble grado de jurisdicción garantiza el examen por un funcionario de superiores competencias y categoría, de todo el asunto tratado en el primer grado.... uno de los controles verticales más importantes en nuestro derecho interno, es el llamado de la vía gubernativa. Es realmente un autocontrol puesto que tanto el inferior que produce el acto, como el superior que lo controla por la vía del recurso, hacen parte del mismo organismo o entidad. No existe allí, como en los controles horizontales, la acción de dos instancias independientes que operan gracias a la teoría de los pesos y contrapesos en un sistema de separación de poderes. Realmente el autocontrol de la vía gubernativa permite que la administración revea (sic.) sus propios actos, a iniciativa de los interesados, para que pueda revocarlos, modificarlos o aclararlos. El sujeto activo, o sea, la entidad o el organismo donde se produjo el acto, es uno solo, en cuyo interior aparecen dos instancias de control jerárquico...” 164.

El anterior planteamiento respecto a la naturaleza jurídica de la vía gubernativa, lleva a la Corporación a sostener el carácter unitario de la institución, así exista pluralidad de decisiones en su tramitación. Característica que desde el punto de vista interpretativo, nos llama a una concepción global y sistemática, en la medida en que la misma se desarrolla al interior de una sola entidad.

Formalmente, la vía gubernativa se inicia con la interposición de los recursos de reposición, o de apelación; sin embargo, en la actuación

164. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; Sentencia de mayo 3 de 1990; C.P.: Pablo J. Cáceres Corrales. Exp. 879.

gubernativa puede presentarse el recurso de queja -el cual no es apto para dar inicio a la etapa recursiva que nos ocupa, por tratarse de un mecanismo estrictamente garantizador de la oportunidad de defensa consagrada en nuestra Constitución, en los eventos en que los recurrentes consideren que se le está quebrantando dicha garantía al inaceptarse por la administración el recurso de apelación-. Se trata de recursos de naturaleza estrictamente administrativa por cuanto son asuntos resueltos para la misma administración pública en ejercicio de la función administrativa que le es propia; la decisión que resuelva los recursos constituye un acto administrativo complementario del que se está impugnando administrativamente¹⁶⁵.

3. RECURSOS EN VIA GUBERNATIVA

El surgimiento de la vía gubernativa es un fenómeno eminentemente voluntario del sujeto pasivo de la decisión administrativa. Esta voluntariedad se traduce en la interposición de recursos ante las respectivas autoridades. Doctrinalmente estos recursos ordinarios de naturaleza procesal administrativa, son los indicados en el numeral anterior. No obstante, algún sector identifica la procedencia por vía administrativa de un recurso extraordinario: el de revocación; mecanismo éste que al ser ejercitado por el interesado configura a todas luces, una especial vía extraordinaria para resolver en sede administrativa algún conflicto en la estructuración del acto administrativo. Aunque esta afirmación no es unánime en la doctrina, consideramos viable aclarar que con su interposición de todas maneras se abre nuevamente un período administrativo extraordinario para la discusión no sólo de la legalidad del acto administrativo, sino también, a diferencia de los recursos ordinarios, un campo de debate sobre el mérito o conveniencia del mismo.

165. Vedel, Georges. *Op. cit.*, supra nota 20, pp. 370 y 371; "...En el sentido más general, un recurso es una vía de Derecho que permite obtener una decisión conforme a Derecho. Es necesario distinguir los recursos administrativos y los recursos contenciosos. El criterio de distinción se encuentra en el hecho de que los Recursos Administrativos se plantean ante autoridades administrativas y concluyen con una decisión ejecutoria, en tanto que los Recursos Contenciosos se plantean ante el juez y concluyen con una sentencia..." Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, 470.

Recursos de reposición

El recurso de reposición es la vía procesal que se interpone directamente ante el funcionario que tomó la decisión con el fin de que la aclare, (explique o despeje puntos dudosos, modifique (retome el contenido del acto sustituyéndolo en parte) o revoque, (deje totalmente sin efectos la decisión reemplazándola o derogándola), a través de escrito presentado en la diligencia de notificación personal. De no hacerse en esta oportunidad deberá presentarla dentro de los cinco días siguientes a la misma. En caso de que la notificación se haga mediante edicto, el escrito de reposición corresponderá presentarlo dentro de los cinco (5) días siguientes a su desfijación.

Si el funcionario competente se negare a recibirlo, se podrá presentar ante el procurador regional o ante el personero municipal con el fin de que estos funcionarios ordenen su recibo y tramitación e impongan las sanciones correspondientes. El recurso de reposición no es obligatorio (artículos 50 y 51), significa que su utilización es meramente discrecional por parte de la persona interesada. Su no uso no implica defecto alguno en la vía gubernativa; es más, en estos casos no sería indispensable su interposición para agotarla. Ahora bien, si se interpone, obliga al funcionario a resolverlo y al sujeto pasivo a lo resuelto a través de él. No obstante lo anterior, si en norma especial el legislador lo hace obligatorio, debe entenderse que constituye una excepción a la regla antes indicada.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, debe existir congruencia entre lo dispuesto en el acto administrativo y lo objetado por el recurrente. La pretensión del interesado debe corresponder materialmente a una controversia sobre lo decidido.

El de reposición se ha venido históricamente considerando como connatural al estado de derecho; en especial al derecho fundamental a la controversia de toda decisión administrativa. Se funda esta tesis en el criterio de que no existe acto administrativo sin control. Se trata, pues, del más elemental de todos los recursos para garantizar el principio de la contradicción, y el debido proceso. Salvo que el

legislador hubiere dispuesto que contra un acto no procede recurso, como en el caso del ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, debe entenderse siempre la existencia del recurso de reposición.

Recurso de apelación

El recurso de apelación es la vía procesal que se interpone directamente o como subsidio del de reposición, ante el inmediato superior del funcionario que adoptó la decisión, con el fin de que éste la aclare, modifique o revoque. Es subsidiario de la reposición cuando ésta es interpuesta. En la práctica este fenómeno significa interponer simultáneamente los dos recursos, esto por simple interpretación de las normas sobre oportunidad de los recursos.

Se interpondrá por escrito en la diligencia de notificación personal o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella; asimismo, en los cinco (5) días siguientes a la desfijación del edicto con que se surtió la notificación. Si el funcionario competente no quisiere recibir el escrito contentivo del recurso, se podrá presentar ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que éste ordene recibirlo y tramitarlo e imponga las sanciones correspondientes. El recurso de apelación es obligatorio para agotar la vía gubernativa (artículos 50 y 51).

No procede cuando se trate de funcionarios respecto de los cuales no existe superior jerárquico, caso en el cual no sería necesario acudir a la vía gubernativa para entrar en la justicia administrativa, si tenemos en cuenta que el único recurso que en estos eventos se podría intentar es el de reposición, y como veíamos, el mismo no es obligatorio. La ley recoge este enunciado en el Art. 50, numeral 2 inciso 2 al indicar que contra las decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes, y representantes legales de las entidades descentralizadas por servicios o de las unidades administrativas que tengan personería jurídica, no hay recurso de apelación. Podríamos agregar que tampoco, contra las decisiones, por ejemplo, de los alcaldes, gobernadores y demás autoridades superiores de otras entidades territoriales.

Dentro de un criterio sistemático, los conceptos básicos del recurso de apelación, elaborados para la vía jurisdiccional son de recibo en la vía administrativa. En especial lo que se refiere al fenómeno de la *reformatio in pejus*, entendiéndose por tal la utilización del recurso de apelación tan solo, en lo que desfavorezca al apelante. El Consejo de Estado ha indicado al respecto lo siguiente: "...La Sala considera que la prohibición de la *reformatio in pejus*, rige en tanto la actuación administrativa como el proceso contencioso administrativo... hasta constituir un principio general del derecho garantizado en el Art. 26 de la Constitución (1886), que prescribe el juzgamiento observando la plenitud de las formas propias de cada juicio..."¹⁶⁶.

Frente a la nueva Constitución la situación es exactamente la misma. El debido proceso emanado del Art. 29 Constitucional, en nuestra opinión, sustenta lo expuesto por el Honorable Consejo de Estado, evitándose situaciones anormales y arbitrarias por parte de la administración al resolver un recurso administrativo.

Recurso de queja

El recurso de queja es procedente cuando se rechace el de apelación; desde esta óptica es facultativo y se interpone directamente ante el inmediato superior de aquel funcionario que negó la apelación, que debe ser el mismo que produjo el acto, mediante escrito al que deberá anexarse copia de la providencia a la que se haya negado el recurso. El superior ordenará, una vez recibido el escrito, remisión del expediente, procediendo luego a decidir lo que corresponda el caso. El de queja no es un recurso obligatorio. Lo expuesto para los recursos anteriores sobre su inadmisión por el funcionario competente es plenamente válido para este recurso (artículos 50 y 51).

166. Consejo de Estado, Sala del Contencioso Administrativo; Sección Primera; Sentencia del 24 de octubre de 1975; C.P.: Humberto Mora Osejo. Exp. 2211. Agrega la Corporación, que este principio es igualmente aplicable a cualquier otro recurso, como es el caso del recurso de reposición.

Requisitos generales de los recursos

Los Arts. 51 a 55 del Código Contencioso Administrativo establecen algunas disposiciones comunes a los recursos gubernativos que revisten el carácter de generales y que articuladas nos presentan el siguiente esquema procedimental:

- Los recursos administrativos, a diferencia de los jurisdiccionales, pueden interponerse directamente por la persona interesada o su representante si se trata de persona jurídica, o de persona natural que actúa mediante poder general, porque si se trata de apoderado especial, consideramos que se debe tratar de un profesional del derecho, debidamente acreditado para el efecto o haber actuado como tal en el transcurso de la actuación. Se concluye esto, de lo expuesto en el Art. 52 inciso final del código Contencioso Administrativo, cuando expresa que tan "...sólo los abogados en ejercicio, podrán ser apoderados..." (Art. 52 numeral 1).

Los recursos también podrán ser interpuestos por agentes oficiosos de quien pueda resultar afectado con los resultados de la decisión. En estos casos, por expreso requerimiento legal, también se debe acreditar la calidad de abogado, y ofrecer prestar una caución que la Administración le señale, con la cual garantice que la persona por quien obra, ratificará su actuación dentro del término de tres meses. La no ratificación del recurso, dentro de este término ocasionará la perención del proceso administrativo, al igual que la efectividad de la caución, el archivo del expediente y la firmeza del acto administrativo por no interposición legal del recurso. (Ar. 52 inciso final).

- Los recursos deberán ser interpuestos por escrito. Encontramos lógico este perentorio mandato legal, si se tiene en cuenta que en nuestro medio, es condición indispensable la sustentación de las razones jurídicas que el recurrente utilice para impugnar el acto administrativo. El escrito debe contener expreso los motivos de inconformidad con la decisión. (Art. 51 inciso 1. Art. 52 numeral 1). Los recursos de la vía gubernativa, por regla general, no implican una correspondencia total en cuanto a los argumentos y razones

expresados, con los posteriormente expuestos en la demanda ante la jurisdicción contenciosa. Este fenómeno que tiene que ver con la sustancia misma de los recursos, tiene incidencia directa en el llamado agotamiento de la vía gubernativa; los argumentos de la vía gubernativa, no necesariamente debenser los mismos de los empleados en el ejercicio de la acción contenciosa. Al respecto, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente: "...si bien es cierto que de acuerdo con el Art. 52, del C. C. A., cuando se interponen los recursos el interesado tiene la obligación de expresar en forma concreta los motivos de inconformidad, no es cierto que esos motivos deban coincidir necesariamente con los conceptos de violación planteados en la demanda. Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación si bien ha expresado que no se pueden plantear en la vía jurisdiccional hechos nuevos respecto de los expresados en la vía gubernativa, sí ha aceptado que se puedan presentar mejores argumentos jurídicos. Al efecto, la Sala precisa que tampoco en relación con los recursos de la vía gubernativa, los requisitos previstos en el Art. 52 del C. C. A., pueden interpretarse con un rigor y formalismo tales, que dichos recursos se constituyan en obstáculo casi infranqueable para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales..."¹⁶⁷.

Estatesis rompe con los criterios formalistas que se venían exponiendo al respecto, y que exigían una congruencia casi total, entre los argumentos de la vía gubernativa y los de la vía jurisdiccional que incluso, en la sección Cuarta de la Corporación donde hicieron tránsito, fueron también objeto de consideración¹⁶⁸.

- Los recursos deben interponerse en la diligencia de notificación personal o dentro de los cinco días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o de la publicación cuando este sistema sea el adecuado

167. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; Sentencia de dic. 5 de 1990; C.P.: Libardo Rodríguez. Exp. 952.

168. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Cuarta; Sentencia de diciembre 5 de 1988.C.P.: Jaime Abella Zárate; Exp. 1754: "...La Sala considera que el agotamiento de la vía gubernativa que se exige por la ley como condición del proceso, comprendelos hechos o motivos de inconformidad mas no rigurosamente los fundamentos jurídicos, o los argumentos..."

para notificar actos de carácter particular como en el caso del Art. 46 del Código Contencioso Administrativo. En este último caso, el término de los cinco días debe comenzar a contarse a partir de la fecha de la respectiva publicación. El término de interposición del recurso trae algunas dificultades prácticas, en especial en cuanto se refiere al concepto de los días dentro de los cuales puede hacerse uso del recurso. Los usos administrativos, e incluso los jurisdiccionales, vinculan el término días, a los días hábiles. No obstante, dentro del concepto día, en especial para el vencimiento del término, se trabaja el concepto de horas hábiles, haciendo vencer de esta forma el término no al real fin del día, sino al de la actividad laboral de la respectiva entidad. En interesante providencia la Sala Unitaria, de la Sección II del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Orjuela Góngora se expuso la siguiente tesis al respecto, que en nuestra opinión hace prevalecer dentro del procedimiento, el concepto pleno del debido proceso, en especial del respeto al principio de la contradicción y del derecho de defensa. Indicó al respecto lo siguiente: "...Ciertamente entre los principios fundamentales del procedimiento está el de preclusión, en desarrollo del cual, el ordenamiento establece las diversas etapas que deben cumplirse en el proceso para su desenvolvimiento y de igual manera, se impone a quienes acuden a instaurar una demanda o interponer un recurso, un término dentro del cual deben efectuar tales actos... Del Art. 118 del C. P. C., se desprende que el término es un lapso o plazo dentro del cual deben ejercerse los actos de las partes, perentorio e improrrogable... sobre el particular, el Art. 59 del Código de Régimen Político y Municipal, preceptúa: Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderán que terminan a la medianoche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común y por día el espacio de veinticuatro horas..." ; y el 60 ibídem que, "...cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo. Es claro, conforme lo anterior, que ese punto último o límite del término, se extiende hasta la medianoche del día de su vencimiento..."¹⁶⁹ (Art. 51 inciso 1).

¹⁶⁹. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección II; auto de febrero 19 de 1993. C.P.: Carlos Arturo Orjuela Góngora. Exp. 7061.

Dentro del anterior contexto, serían entonces admisibles los recursos desde el primer minuto del día en que empiezan a contarse los cinco días, hasta la medianoche del quinto día. Con sección lógica a la luz de las normas jurídicas invocadas en la providencia anterior. Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos la decisión queda en firme. (Art. 51 inciso 4).

- Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.
- Los recursos de reposición y apelación se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión; si se negare a recibirlo podrá presentarse ante el Procurador regional o ante el Personero Municipal, para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.
- Tratándose de asuntos donde se hubiere impuesto una carga económica al sujeto pasivo, con el recurso se deberá acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber; y garantizar el cumplimiento de la parte de la decisión que recurre cuando ésta sea exigible conforme a la ley (Art. 52 numeral 2).
- Con el recurso se deberán, igualmente, relacionar las pruebas que se pretenden hacer valer. Esta disposición es común a todos los recursos, pues se encuentra establecida en el Art. 52 del Código Contencioso Administrativo que es norma general para todos los recursos. Sin embargo, se observa una aparente contradicción con lo señalado en el Art. 56 del mismo ordenamiento que establece que "... los recursos de reposición y de apelación, siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la practica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso, considere necesario decretarlas de oficio...". Como se observa, mientras en la disposición general se abre la posibilidad de que en todo recurso, incluso en el de reposición, se relacionen pruebas que en nuestra opinión, significa la posibilidad de solicitar algunas que se deban practicar, en el Art. 56 se limita esta hipótesis tan solo al de apelación. Interpretando sistemáticamente el ordenamiento al respecto, nuestra

opinión es la de que es factible considerar pruebas en el recurso de reposición, pues esto no sólo garantiza que se va a resolver con la totalidad de argumentos posibles, sino también de que garantiza el debido proceso desarrollado en el Art. 52 numeral 3. La tesis contraria, implicaría romper con el principio de la economía y pasar a resolver en apelación lo que hubiera podido ser resuelto en reposición, si se hubiere considerado el acervo probatorio aportado, o por practicar.

- Los recursos deberán contener la identificación y domicilio del recurrente.
- Los recursos son desistibles. (Art. 54).
- Los recursos se concederán en el efecto suspensivo. (Art. 55).
- Los recursos que no reúnen los requisitos formales expuestos, podrán ser rechazados. En este punto vale la pena acudir al principio de la interpretación del escrito por parte del funcionario, sobre todo cuando el recurrente actúa a nombre propio y no es profesional del derecho, caso en el cual no se le pueden exigir profundos conocimientos jurídicos. Este principio implica la aceptación de recursos cuando de la simple lectura se puedan desprender la totalidad de elementos legalmente exigidos. (Art. 53).

Período probatorio

Lo expresado a propósito del régimen probatorio, dentro de las actuaciones administrativas es de aplicación para las pruebas en vía administrativa. Sin embargo, el legislador ha establecido algunas disposiciones especiales que podemos sintetizar de la siguiente manera: Serán admisibles la totalidad de los medios probatorios indicados y desarrollados en el Código de Procedimiento Civil; si se trata específicamente de la práctica de una prueba, el funcionario competente señalará un período probatorio con un término no mayor de treinta (30) días, ni menor de diez (10); si se ordena un período menor del máximo indicado y resultare insuficiente para los fines probatorios propuestos a petición de parte de oficio, podrá prorrogarse por una

sola vez, sin que la prórroga exceda el término de treinta (30) días. El auto que decreta la práctica de pruebas deberá indicar con toda exactitud el día en que vence el término probatorio (artículos 57 y 58). Los gastos que ocasione la práctica de una prueba serán de cargo de quien la pidió, y si son varios, o si se decretan de oficio, se distribuirán en cuotas iguales entre todos los interesados. (Art. 57 inciso 2).

Perención y el desistimiento

En el desarrollo de la vía gubernativa se pueden configurar dos fenómenos jurídicos conocidos como la perención y el desistimiento, los cuales, en mi concepto y utilizando la terminología del Código de Procedimiento Civil, constituyen verdaderas terminaciones anormales de la actuación gubernativa que le infunden firmeza al acto administrativo. Tratándose de la perención, se estructura en los casos en que en el desarrollo del procedimiento gubernativo el recurrente obra como agente oficioso, y a pesar de haber ofrecido la caución que garantice que la persona por quien obra ratificará su actuación. Si ella, dentro del término de tres (3) meses siguientes, no ratifica lo actuado, se decretará consecuentemente la perención del proceso gubernativo por parte del funcionario competente, se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

Para el caso de la estructuración del desistimiento debe tenerse en cuenta que si se ha presentado un recurso de los que se pueden interponer en vía gubernativa, y el funcionario encontrase que faltan documentos o informaciones indispensables para decidir, se le informará al recurrente, quien tiene dos meses para presentarlos. Tiempo éste durante el cual se interrumpirán los términos en vía gubernativa. Si pasados los dos meses el interesado no ha aportado la documentación necesaria ni ha informado al funcionario del requisitorio, se entenderá que ha desistido, se decretará el desistimiento, se archivará el expediente y el acto administrativo quedará en firme tal y como acontece con la perención (artículos 13, 53 y 54). Desde este punto de vista el desistimiento no es una figura autónoma, que dependa totalmente del querer o voluntad del sujeto pasivo. Todo lo contrario, procede como sanción al recurrente moroso

y no cumplidor de los requerimientos legales. Esta interpretación emana de la remisión que el legislador hace para estos efectos al Art. 13 del Código Contencioso Administrativo.

4. DECISIONES EN VIA GUBERNATIVA. SILENCIO ADMINISTRATIVO

Concluida la práctica de pruebas y sin necesidad de auto que así lo declare, se proferirá decisión definitiva; si no hubiere período probatorio, el funcionario decidirá de plano los recursos de reposición y de apelación. La decisión que pone fin a la actuación gubernativa, al igual que la administrativa, deberá ser motivada tanto en los aspectos de hecho como de derecho, lo mismo que en los de conveniencia si es del caso. Lo anterior reafirma por razón de que estamos frente a una nueva decisión administrativa, que no se aparta en su contenido de las producidas durante la etapa de la actuación administrativa. De aquí que el legislador exija formalmente los mismos requisitos que para la expedición del acto primero o principal. En el acto final, es decir, el que resuelve la vía gubernativa, abordará todas las cuestiones que se hayan planteado y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hubieren sido antes. El acto se notificará, lo mismo que el acto final de la actuación administrativa (artículos 56, 59 y 61).

Desde el punto de vista del control jurisdiccional, que es el que seguiría en estricto orden para controvertir las decisiones adoptadas durante la vía administrativa, se nos presenta el interesante fenómeno de la aparición de dos actos administrativos. El problema está en que: ¿frente a cuál de ellos se han de ejercer las acciones pertinentes? Si las segundas providencias (hablamos en plural, porque durante la etapa de la vía gubernativa podemos llegar a tener dos actos administrativos adicionales al principal: uno, el que resuelva el recurso de reposición y otro, el que decida el recurso de apelación), simplemente no acceden a las pretensiones del impugnante deberán demandarse tanto el acto principal como los actos producidos durante la vía gubernativa. Ahora bien, si la inconformidad es tan solo contra las segundas providencias será procedente demandar sólo la última. En este

sentido el Art. 138 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el 24 del Decreto 2304 de 1989, indica precisamente lo siguiente tratándose de la individualización de las pretensiones: "...Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión..."

Silencio ficto o presunto en vía gubernativa

El ejercicio de los recursos administrativos, cuando no son resueltos oportunamente por las autoridades puede generar actos fictos o presuntos, con las mismas características enunciadas para los actos administrativos principales. El término para la configuración del silencio y la presunción del acto, varía respecto del expresado a propósito del silencio para las actuaciones administrativas, el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo determina que transcurrido un plazo de dos meses, contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. Lo expresado a propósito del silencio administrativo para el ejercicio del derecho de petición no tiene mayores modificaciones tratándose de este silencio administrativo en la vía gubernativa. Ambas decisiones por regla general son negativas, y se configuran no por la no expedición de un acto, sino por la no notificación oportuna de la decisión.

El plazo de los dos meses tiene por expreso mandato legal un período de interrupción, dirigido a proteger a la administración y permitir que el debate probatorio que se genere durante la vía gubernativa, se tramite sin presiones en razón del elemento temporal. Indica el inciso 2o. del Art. 60 del C. C. A., que el plazo de los dos meses se interrumpirá mientras dure la práctica de pruebas.

No obstante la ocurrencia del silencio administrativo en la vía gubernativa, la administración no pierde la competencia para decidir en cualquier momento. Sin embargo, si la persona interesada acude ante la jurisdicción contenciosa administrativa, las autoridades deberán abstenerse de resolver el asunto, porque un tercero imparcial es el

llamado en virtud de la iniciativa de la persona interesada a resolver el conflicto generado con la expedición del acto. Es decir, el asunto ya no está para resolverse de manera directa sino a través de jueces, razón por la cual el legislador ha previsto que el funcionario administrativo pierda su competencia. El anterior criterio es de aceptación jurisprudencial. El Consejo de Estado admite una pérdida de competencia de la autoridad administrativa al provocarse el conocimiento de la autoridad jurisdiccional por parte del sujeto pasivo. En providencia de 1990 se afirmó lo siguiente: "... si la persona afectada con un acto administrativo que no le fue resuelto, una vez vencido el término que la ley señala para que se configurara el fenómeno del silencio, acudió ante la jurisdicción contenciosa, es claro que por imperativo de la ley, que entre otras cosas está interesada en la celeridad de los procedimientos, y la certeza de las situaciones jurídicas, la administración perdió su competencia para pronunciarse y le quedó vedada cualquier decisión ulterior, en razón a que la competencia se desplazó hacia autoridad distinta, esto es, a la jurisdicción contenciosa administrativa, que podía actuar partiendo de la presunción de agotamiento de la vía gubernativa por decisión negatoria..." 170.

Los demás problemas, en especial sobre todo lo referente a la caducidad de las acciones generadas a partir del silencio administrativo en razón del ejercicio de los recursos, ya fueron analizados a propósito del silencio en vía administrativa, razón por la cual nos remitimos a lo expuesto en el capítulo anterior.

5. AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA

El agotamiento de la vía gubernativa es un problema de orden eminentemente procesal - contencioso administrativo. Para algunos autores constituye presupuesto indispensable para el ejercicio de las acciones individuales ante la jurisdicción administrativa. No se trata, pues, de un problema que atañe a la teoría general del acto administrativo. El agotamiento desde ningún punto de vista puede ser considerado requisito indispensable o para el surgimiento del acto, o para su oponibilidad.

170. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección IV; Sentencia de octubre 19 de 1990; C.P.: Jaime Abella Zárate. Exp. 2695.

Como fenómeno de la acción el Art. 135 del Código Contencioso Administrativo, conforme la redacción del Art. 22 del Decreto 2304 de 1989, nos permite medir verdaderamente la naturaleza de esta institución. Indica la disposición lo siguiente: "...La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio administrativo. El silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa...".

La vía gubernativa implica, por lo tanto, transitar obligatoriamente por los senderos de la discusión directa de la decisión con la administración. No obstante, el legislador establece otras hipótesis en las cuales se presume el agotamiento sin necesidad de esta tramitación previa. Indica el Art. 63 del Código Contencioso Administrativo, que el agotamiento se produce en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del Art. 62 del mismo ordenamiento, esto es, cuando contra el acto no procede recurso alguno; y, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. Agrega igualmente una tercera hipótesis, cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja, que como indicamos en su oportunidad no son obligatorios. En la primera y tercera hipótesis técnicamente nunca se transitó por la vía gubernativa, es más, la misma nunca se generó, razón ésta para que consideremos que son hipótesis en las cuales se hace una asimilación al agotamiento por vía legal, para los efectos procesales enunciados. Donde verdaderamente consideramos que existe en todos sus extremos vía gubernativa es en la segunda de las hipótesis, esto es, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

Si acudimos a los elementos teóricos expresados sobre la vía gubernativa, encontramos precisamente que la regla general establecida en la doctrina es que ella nace a partir de la interposición de recursos, razón lógica para sostener que se agota cuando esos recursos han sido resueltos, o cuando frente a ellos se configura el silencio administrativo, tal y como lo expresa el Art. 135 del Código Contencioso Administrativo.

Algunos problemas prácticos se presentan en cuanto al agotamiento de la vía gubernativa. Uno de ellos es entender, tratándose de la segunda hipótesis de agotamiento, si la exigencia del Art. 135 se configura con la sólo interposición del recurso, así éste sea improcedente. Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado que "...dado que la reposición de la referencia fue negada por improcedente, no puede aceptarse como válida para interrumpir el término de caducidad... al negarse por improcedente, lo que se niega no es la pretensión aclaratoria, modificatoria o revocatoria que contenga el recurso, sino el recurso en sí mismo, de donde su interposición resulta absolutamente ineficaz, ya que lo improcedente no tiene efectos en derecho ni crea situaciones de validez jurídica..."¹⁷¹.

6. REVOCACION DIRECTA

La figura de la revocación directa de los actos administrativos no tiene en el derecho colombiano una naturaleza jurídica definida. Del análisis de las disposiciones del ordenamiento positivo que le dan entidad a la institución se pueden concluir dos modalidades precisas, con configuración jurídica perfectamente diversa. Por una parte, encontramos la revocación como mecanismo de utilización directa por parte del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior y, por otra, la revocación como medida unilateral de la administración para dejar sin efectos decisiones adoptadas por ella misma. En cuanto a la primera hipótesis no podemos dudar que se trata de un mecanismo procesal similar a los recursos típicos de las actuaciones administrativas, pero con unas oportunidades y procedimientos diversos, razón por la cual coincidimos con quienes califican a esta modalidad de la revocación como la de un verdadero recurso extraordinario en vía administrativa. Tratándose de la segunda modalidad, consideramos que se trata de un mecanismo unilateral de la administración que le otorga el legislador, con el fin de revisar sus propias actuaciones y dentro del contexto de la actuación oficiosa, sacar del tránsito jurídico decisiones por ella misma adoptadas.

171. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección II; Auto de diciembre 19 de 1988. C.P.: Reynaldo Arciniegas Baedecker. Exp. 1417.

En ambos casos necesariamente se generan actuaciones administrativas. Hay discusión directa entre la administración y el sujeto pasivo, en torno a la constitucionalidad, ilegalidad o conveniencia del acto administrativo.

No obstante, en ambos casos se coincide en que la revocatoria es la pérdida de vigencia de un acto administrativo en razón a la declaratoria hecha por el funcionario que lo profirió o su inmediato superior, con base en precisas causales fijadas en la ley. Su fundamento es -ha dicho el Consejo de Estado- el de no "... permitir que continúe vigente y produzca efectos un Acto contrario al orden jurídico o al interés público o social, es decir, el imperio del principio de legalidad y el de la oportunidad y conveniencia de la Administración, entendida como servicio público y obrando en función de ese servicio..."¹⁷². En el presente capítulo nos ocuparemos de la primera de las modalidades que directamente tiene que ver con la impugnación de los actos. Sobre la segunda nos referiremos en el próximo capítulo al tratar el problema de la eficacia del acto.

Revocación como recurso

El sistema colombiano de actuación en vía administrativa ha establecido dos tipos de recursos susceptibles de interponerse ante las autoridades administrativas, con el fin de que puedan corregir los errores en que hayan podido incurrir con la puesta en vigencia de un acto administrativo, evitando de esta manera que los interesados acudan directamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Estos tipos de impugnación son los denominados por la doctrina recursos ordinarios y recursos extraordinarios o excepcionales.

Los primeros los clasifica el Decreto 01 de 1984, en recursos de reposición, apelación y queja. Su interposición implica el surgimiento de la llamada vía gubernativa. Los segundos se reúnen en nuestro medio en uno sólo, el de la revocatoria directa del acto, cuando quien

172. Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, concepto de noviembre 14 de 1975, C.P. Luis Carlos Sáchica, *Anales del Consejo de Estado*, 1975, segundo semestre, tomo LXXXIX, núms. 5, 447-448, p. 79.

la solicita es el sujeto pasivo. Implica, por lo tanto, la iniciativa de persona interesada. Este es el elemento que permite identificarlo como un recurso extraordinario.

Tratándose esta modalidad de un recurso extraordinario, su configuración jurídica es de carácter excepcional y restrictiva, pues lo normal y general sería que las controversias que surgieran con la vigencia de un acto administrativo se definieran directamente por la vía gubernativa. De esta forma, considerándolo como un medio supletivo a los recursos ordinarios, la revocatoria sólo puede ser interpuesta en los eventos en que no se hubiere impugnado ordinariamente un acto administrativo, es decir, en las oportunidades en que no se hubiere ejercitado contra ese acto los recursos ordinarios de reposición o apelación (Art. 70 Decreto 01 de 1984).

La revocatoria directa, como recurso, no es un procedimiento que superponga al gubernativo ordinario, o que lo refuerce o que deba ser tramitado con él o que subsiga a ese procedimiento porque se haya fracasado con él, en la revocatoria el trámite es separado, aislado y a falta de aquel¹⁷³.

La revocatoria puede declararse en cualquier tiempo, es decir, no tiene límites durante la vigencia del acto administrativo. No obstante, el ejercicio del recurso de revocatoria tiene una clara limitación que está dada por el ejercicio de los recursos de la vía gubernativa tal y como lo habíamos expresado.

En cuanto a la posibilidad de generar toda una nueva actuación administrativa con vía gubernativa ordinaria, a partir del ejercicio de la revocatoria, el régimen positivo colombiano determina la imposibilidad de esta actuación. Al respecto, el Consejo de Estado en Sala de Consulta y Servicio Civil ha indicado lo siguiente: "...Tampoco es desarrollo normal de este procedimiento extraordinario, que decidido el recurso de revocatoria la decisión genere nuevos recursos ante quien los decidió o ante su superior, pues ello equivaldría a

173. *Op.Cit. Supra.*

revivir los términos y a reabrir la oportunidad de la vía gubernativa completa, oportunidad que no es posible rehacer o reconstruir, ya no sólo por razones de economía procesal, sino en guarda de la ejecutoriedad y eficacia que son la esencia de la actuación administrativa..."¹⁷⁴.

La administración no puede caer consecuentemente en la inestabilidad o incerteza, que produce una ilimitada cadena de recursos. Resulta imposible entrar en todo un proceso gubernativo frente a lo resuelto ante el ejercicio del recurso extraordinario de revocación, salvo que la administración hubiere abordado materias nuevas no contenidas en el acto objeto del recurso.

Por otra parte, la revocatoria puede ser total o parcial. Desatar un Recurso Administrativo implica, ante todo, un estudio del respectivo acto frente al principio de legalidad que corresponda observar al funcionario y que el impugnante considere violentado. En consecuencia, es obligación de las autoridades introducir, a toda manifestación de voluntad administrativa que advierta viciada de ilegalidad o inconstitucionalidad, las modificaciones totales o parciales que considere oportunas para el restablecimiento del orden jurídico. El vicio en que hubiere podido incurrir la administración es un acto administrativo, no necesariamente tiene que proyectarse sobre su totalidad, puede afectar exclusivamente una parte determinada de éste, por lo que el pronunciamiento que resuelva el recurso solo tendrá que modificar estos apartados espurios de la voluntad administrativa, necesariamente confirmando los que estén acordes a la legalidad.

Como lo ha reiterado el Consejo de Estado¹⁷⁵ "...la revocación implica un cambio sustancial que puede ser total o parcial en el contenido mismo de la voluntad..."

174. *Op.cit. Supra* nota 172.

175. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I; Sentencia de febrero 6 de 1980; C.P.: Carlos Galindo Pinilla.

Por lo que respecta a las estipulaciones del inciso final del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, en ellas tan solo se indica que además de las modificaciones sustanciales parciales que puede tener un acto administrativo en ejercicio de la revocatoria, las modificaciones formales igualmente podrán ser parciales. En ningún momento la palabra “Además” empleada en dicho artículo es sinónimo de exclusividad; por el contrario implica las ideas de similitud, de igualmente. En general lo que señala la norma, es que no existe limitación alguna por parte de la administración para revocar esos errores cotidianos sean estos formales, aritméticos o de hecho, que no impliquen cambios sustanciales, por cuanto los sustanciales, sí están sujetos al límite que hemos enunciado como Principio de la Conclusión de los Procedimientos Administrativos. En consecuencia, las revocatorias formales pueden darse en cualquier tiempo sin sujeción al artículo 62 del Decreto 01 de 1984.

Las alteraciones o modificaciones no sustanciales de los actos administrativos a que se refiere el Art. 73 inciso 3o. del Decreto 01 de 1984 según ha dicho el Consejo de Estado, no están sometidas a límites temporales y ellas proceden en cualquier tiempo por la administración¹⁷⁶.

Asunto interesante se observa respecto de la revocación de actos de naturaleza particular frente a la revocación como recurso. Veamos: inicialmente no habría ninguna controversia si el particular interesado fuera quien solicitara la revocación del acto que lo afecta. En este caso, la administración tiene la libertad de decidir si revoca o no. En caso contrario, cuando la revocación no es recurso, sino un mecanismo de la administración, se requiere del beneplácito del sujeto pasivo para dejar sin vigencia el acto. Si el particular se niega a dar su consentimiento expreso y escrito para la revocación directa del acto, la administración puede, en cualquier tiempo, ocurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en busca de la anulación de sus propios

176. *Op. cit., supra.*

actos que, aunque violatorios del orden legal, hayan reconocido Derechos Subjetivos o creado situaciones jurídicas del mismo carácter...¹⁷⁷.

No obstante lo anterior, consideramos que la redacción del Art. 73, admite una segunda tesis frente a la revocación de actos de contenido individual. Consiste en una revocación sin consentimiento del particular, cuando el acto fue evidentemente producido por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo positivo que no ha sido configurado conforme las exigencias del Código Contencioso. (Art.73 inciso 2). Esta posición es refutada con el argumento de que de todas maneras si se pretende garantizar derechos adquiridos legalmente, y proteger el debido proceso administrativo y jurisdiccional, el paso a seguir por la administración, es de llamar inicialmente al particular beneficiario del acto, y si no obtiene el beneplácito del mismo, proceder a demandar ante la jurisdicción.

De todas maneras, tratándose de revocación como recurso, o de revocación como instrumento de la administración, siempre deberá generarse una actuación administrativa, donde se brinden la totalidad de garantías establecidas en el Código Contencioso Administrativo, y en el Art. 29 Constitucional. El Art. 74 reitera este principio al establecer que "...para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto, se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en el Art. 28 y concordantes de este código...".

La revocación como recurso podrá solicitarse en cualquier tiempo, siempre y cuando no se hubiere acudido ante la jurisdicción contenciosa y la misma ya hubiere expedido auto admisorio de la demanda. La petición de revocación deberá estar fundada en alguna de las precisas causales establecidas en el Art. 69 del Código Contencioso Administrativo. Estas causales las podemos clasificar en dos modalidades: Causales de legalidad y causales de conveniencia. La primera clasificación recogería los numerales 1 y 3 del Art. 69, es decir,

177. Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, concepto de julio 1º de 1975, C.P. Jaime Betancur Cuartas, Anales del Consejo de Estado, 1975, segundo semestre, tomo LXXXIX, núms. 5, 447-448, p. 45.

cuando el acto esté en manifiesta oposición a la Constitución política o a la ley y cuando se cause agravio injustificado a una persona. La segunda, recogería el numeral 2 del Art. 69, esto es, cuando el acto no esté conforme con el interés público o social o atenten contra él. Esta última es una causal en el estricto sentido de mérito o conveniencia, que le permite a la administración adoptar decisiones subjetivas o políticas respecto de la vigencia del acto.

CAPITULO NOVENO
EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. VICISITUDES

1. Generalidades	233
2. Validez de los actos administrativos	234
3. Eficacia de los actos administrativos	235
- Firmeza y ejecutoriedad del acto	236
4. Vicisitudes en la eficacia del acto	238
- Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos	239
- Causales del primer grupo	240
- Causales del segundo grupo	242
- Declaratoria de nulidad	242
- Decaimiento del acto administrativo	250
- Cumplimiento de la condición resolutoria	254
- Pérdida de vigencia	254
- Revocación como mecanismo de la administración.	254
5. Otros problemas en la eficacia del acto	256
- Inexistencia de los actos administrativos	257
- Teoría de la inexistencia de los actos administrativos	260
- Teoría que acepta la inexistencia de los actos administrativos	261
- Teoría que niega la inexistencia de los actos administrativos	261
- Teoría que asimila la inexistencia a la nulidad	262
- Teoría que asimila la inexistencia a las vías de hecho	262
- Teoría de la inexistencia de los actos administrativos en derecho colombiano	263
- Inoponibilidad del acto administrativo	265
6. Convalidación de los actos administrativos	266

CAPITULO NOVENO

EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. VICISITUDES ¹⁷⁸

SUMARIO: 1. Generalidades 2. Validez de los actos administrativos. 3. Eficacia de los actos administrativos. Firmeza y ejecutoriedad del acto. 4. Vicisitudes en la eficacia del acto. Pérdida de fuerza ejecutoria. Causales del primer grupo. Causales del segundo grupo. Declaratoria de nulidad. Decaimiento del acto administrativo. Cumplimiento de la condición resolutoria. Pérdida de vigencia. Revocación como mecanismo de la administración. 5. Otros problemas en la eficacia del acto. Inexistencia y teoría de la inexistencia en los actos administrativos. Teoría que acepta y niega la inexistencia de los actos administrativos. Teoría que asimila la inexistencia a la nulidad y a las vías de hecho. Teoría de la inexistencia de los actos administrativos en derecho colombiano. Inoponibilidad del acto administrativo. 6. Convalidación de los actos administrativos.

1. GENERALIDADES

Conocidos los aspectos integrantes del concepto jurídico de acto administrativo, y en especial el referente a su necesaria vinculación y supeditación al bloque de la legalidad -lo que pudiéramos denominar el aspecto positivo y del deber ser de la institución-, corresponde a

178. Vid, Beutel, Frederik K. "Kelsen y la filosofía del derecho", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 21. Instituto de Investigación Jurídicas, UNAM, septiembre-diciembre de 1974, pp. 12 y 13; Gian, Giorgio y Alberto Trabucchi. *Comentario Breve al Codice Civile*, Padova, Cedam-Casa Editrice dott. Antonio Milani, 1981, pp., 588 y ss.; García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp., 487 y ss.; Kelsen, Hans. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 95, 123 y ss.; derogación, p. 259; derecho y lógica, pp. 275 y ss.; Olguín Juárez, Hugo A. *Extensión de los actos administrativos, revocación, invalidación y decaimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, pp. 21-29; Raz, Joseph. *Op. cit.*, *supra* nota 89, pp. 187 y ss.; Sánchez Azcona, Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 89, pp. 85 y ss.

partir del presente capítulo realizar un acercamiento ante aquellos hechos y circunstancias impidientes de una normal proyección de las manifestaciones de voluntad de la administración en el universo jurídico. Se trata, fundamentalmente, de analizar de manera lógica y sistemática los elementos que con posterioridad a la expresión de voluntad, alteran las proyecciones del acto administrativo en el mundo jurídico. Para estos efectos se hace indispensable iniciar el estudio decantando los conceptos de validez y eficacia.

2. VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El fenómeno de la validez es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento en la elaboración y expedición del acto administrativo, a los requisitos y exigencias consagrados en las normas superiores. En otras palabras, se predica que un acto administrativo es válido desde el mismo momento en que éste se adecua perfectamente al molde de las exigencias abstractas del ordenamiento jurídico y del derecho.

Refiriéndose precisamente a este fenómeno, señala Olguín Juárez que: "los actos son válidos cuando han sido emitidos en conformidad a las normas jurídicas, cuando su estructura consta de todos los elementos que le son esenciales... es decir, la validez supone en el acto la concurrencia de las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico"¹⁷⁹.

El problema de la validez de los actos administrativos nos resulta entonces, desde esta óptica, como el estudio del contenido o exigencias del derecho -deber ser- en la estructuración de la decisión administrativa, y su comparación con la realidad normativa, -el ser-. En

179. Olguín Juárez, Hugo A. *Op. cit.*, nota anterior, p. 21. En igual sentido consúltese a Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 1172 y 1173, para quien una proposición resulta válida, "si se conforma a las reglas de la lógica, una ley, si se conforma a las Reglas Constitucionales, una sentencia si se conforma a las leyes o una orden si es dada por la persona a la que corresponde darla y en la forma establecida por las reglas".

conclusión: la validez de los actos administrativos depende de las normas básicas que le dan origen¹⁸⁰. Desarrollando los conceptos kelsenianos, el profesor Raz sostiene de manera precisa los siguientes conceptos sobre la validez de las normas, los cuales son aplicables a diferentes sectores del derecho sin perder sus connotaciones: “una norma jurídicamente válida es la que tiene efectos jurídicos. Para evitar malos entendidos tales enunciados deberían, quizá, ser complementados de la siguiente forma: una norma jurídicamente válida es aquella que tiene en derecho los efectos normativos que pretende tener”¹⁸¹.

Como lo decíamos, la validez implica el cumplimiento de la norma; en el caso de los actos administrativos, es sinónimo del acatamiento al bloque de la legalidad por parte de la administración, que es la llamada a ejecutar los preceptos legales. La ley, por esta razón, se hace obligatoria; la administración debe cumplirla y materializarla, obteniendo como resultado un acto perfectamente adecuado a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico positivo.

3. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La eficacia, no es más que una consecuencia del acto administrativo válido que lo hace apto y capaz de producir los efectos para los cuales se le dio vía jurídica. Como se advierte, la eficacia, a diferencia de la validez, se proyecta al exterior del acto en búsqueda de sus objetivos y logro de sus finalidades, de ahí que instituciones tales como la operación administrativa y la ejecución del acto sean fenómenos propios de esta instancia externa del acto administrativo.

La doctrina, en general, está de acuerdo con aceptar el anterior alcance del concepto de eficacia, es decir, orientado a comprenderlo como “la capacidad del acto para producir sus efectos, no desde un punto de vista potencial, sino efectivo”¹⁸².

180. Beutel, Fredrik K. *Op. cit.*, *supra* nota 178, p. 13; igualmente pueden consultarse los artículos de Hans Kelsen, publicados en la misma revista, “Derogación”, pp. 275 y ss., donde se puede profundizar igualmente sobre la pérdida de validez de las normas en la teoría kelseniana, lo mismo que sobre el conflicto de normas.

181. Raz, Joseph. *Op. cit.*, *supra* nota 89, p. 191.

182. Olguín Juárez, Hugo A. *Op. cit.*, p. 23.

En razón a lo expuesto, debemos anotar que los vicios que puedan entorpecer la legalidad de un acto, es decir, su validez, afectan de manera directa el logro de los fines del acto; esto es la eficacia. Al respecto, señala Mayer que precisamente "el supuesto de la eficacia de los actos de autoridad debidamente manifestados, es su legalidad. El acto ilegal es inválido, y no debe producir el efecto de derecho que persigue; debe ser ineficaz"¹⁸³.

En este orden de ideas, un acto perfecto, legalmente producido e integralmente válido, engendra una eficacia perfecta e indiscutiblemente apta para lograr los fines que persigue la expedición del mismo. Por el contrario, un acto viciado en su validez, puede hacer ineficaz el cumplimiento de lo estipulado en el acto respectivo, en la medida en que el pronunciamiento jurisdiccional o la revocación le impidan continuar surtiendo los efectos jurídicos; lo anterior en razón a que "un acto que efectivamente produce efectos es eficaz, aún en el caso en que los efectos producidos estén contaminados con el vicio que afecta la estructura del acto inválido"¹⁸⁴. Partimos, para efectos jurídicos-administrativos, del supuesto de que la ineficacia puede ser una de las consecuencias de la invalidez legalmente decretada¹⁸⁵.

Firmeza y ejecutoriedad del acto

Vistas las anteriores consideraciones no podemos más que concluir que sustancialmente los actos administrativos se encuentran en condiciones de entrar a alterar, modificar o extinguir el mundo

183. Mayer, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2a. ed., tomo I, p. 97, citado por Kelsen, Hans. *Op. cit.*, p. 515.

184. Olguín Juárez, Hugo A. *Op. cit.*, pp. 21 y 23.

185. Gian, Giorgio y Alberto Trabucchi. *Op. cit.*, *supra* nota 178, p. 588; refiriéndose a esta íntima relación entre validez y eficacia respecto de los contratos, dicen estos profesores italianos: "Gli affetti del contr. (e del reg. giur. in genere) Possono mancare per una carenza inerente alla fattispecie negoziale come prevista dalla legge. In tali ipotesi l'inefficacia é una conseguenza dell'invalidità Un neg. che per tali carenze sia fondamentalmente in ogni direzione e durevolmente inefficace é inquadrabile nella categoria del neg. nullo".

jurídico cuando reúnen plenamente los requisitos para su legalidad. Esto, sin negar la posibilidad de que formalmente surtan los efectos esperados de manera anormal, cuando protegidos por su presunción de legalidad, la administración, los hace ejecutorios. Este último planteamiento nos lleva a sostener la tesis de la perfección y aplicación formal del acto cuando se encuentra incurso en causales de nulidad que no hubieren sido declaradas por la jurisdicción o por la administración a través de la vía de la revocación.

Hecha la anterior aclaración, que consideramos necesaria para cualquier análisis sobre la eficacia de las providencias administrativas, conviene destacar los requerimientos que la doctrina y la legislación nacional han acogido para que el acto administrativo haga tránsito normal al mundo de la eficacia. Puente jurídico al que se le conoce como el de la firmeza del acto administrativo. En este aspecto, resulta indispensable hacer diferencia entre los actos administrativos de carácter general y los de carácter individual: Para los primeros, técnicamente la firmeza está dada por el pleno cumplimiento de los requisitos de publicitación que estudiamos en el capítulo respectivo. Para los segundos, específicamente para aquellos que se encuentran sujetos al principio de la contradicción administrativa, como garantía de discusión en instancia gubernativa de las decisiones que afectan de manera individual a los ciudadanos, el ordenamiento prevé precisas hipótesis en las cuales el acto administrativo legalmente se encuentra en firme y puede hacer tránsito al mundo de la eficacia.

El artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, establece que el acto administrativo se encuentra en firme en los siguientes eventos: Cuando contra ellos no proceda ningún recurso; cuando los recursos interpuestos se hayan decidido; cuando no se interpongan recursos; cuando se renuncie expresamente a la utilización de recursos por parte de la persona interesada; cuando haya lugar a la perención o cuando se acepten sus desistimientos. Como se observa, se trata de hipótesis que tan solo involucran a los actos de contenido individual. Configurada una cualquiera de las anteriores situaciones fácticas, la administración podrá realizar la totalidad de actuaciones, procedimientos u operaciones indispensables, para darle cabal cumplimiento a lo dispuesto en el respectivo acto administrativo.

Desde este punto de vista, la firmeza del acto administrativo constituye el punto límite o de partida de la eficacia real del acto. Nos permite visualizar el momento primario a partir del cual se presume la plena configuración de la legalidad de la decisión de la administración y emana la obligación constitucional y legal de hacer cumplir lo dispuesto en la providencia administrativa. A ninguna otra conclusión se puede llegar, si entendemos en su contexto lo dispuesto en el Art. 62 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el Art. 64 del mismo ordenamiento, que regula propiamente las actuaciones administrativas posteriores al momento en que el acto se hace obligatorio definitivamente.

Precisamente en esta última disposición, se instituye en el ordenamiento colombiano la figura de la ejecutoriedad del acto, base indiscutible de los mecanismos típicos de la eficacia del acto tales como los procedimientos, actuaciones y operaciones administrativas. En nuestra opinión la teoría de la operación administrativa expuesta en el Capítulo II de esta obra, encuentra su razón de ser en el análisis del Art. 65 del Decreto 01 de 1984.

Conforme a estos presupuestos normativos, el mundo de la eficacia aparece realmente en una determinada situación fáctica cuando el acto reviste el carácter de ejecutivo, esto es, se encuentra en firme y en consecuencia es ejecutorio o de obligatorio cumplimiento tanto para la administración como para el administrado. Indica la disposición precisamente lo siguiente: "...salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo, serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados...".

4. VICISITUDES EN LA EFICACIA DEL ACTO

El mundo de la eficacia tal y como fue expuesto, implica la presencia del acto administrativo frente al universo jurídico en procura de lograr los objetivos y finalidades propuestos con su expedición. Dentro de un ámbito de normalidad, el acto está llamado a producir las

transformaciones y modificaciones esperadas por las autoridades administrativas. No obstante, la experiencia enseña que en la vida práctica de la gestión administrativa son diversas las situaciones que pueden alterar la normalidad de la eficacia jurídica del acto administrativo. Estos fenómenos de carácter negativo que podríamos denominar del rompimiento a la eficacia del acto, son conocidos de manera general en nuestra legislación como eventos de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo. En su versión positiva las vicisitudes en la eficacia del acto también nos llevan al estudio de aquellos fenómenos que habilitan eventualmente estructuraciones defectuosas del acto, en procura de darle certeza al ordenamiento jurídico; estas instituciones de conservación de la legalidad son admitidas jurisprudencialmente en el derecho colombiano bajo la denominación de eventos de convalidación de los actos administrativos.

Dentro de este ámbito abordaremos las diversas dificultades que se puedan dar en el mundo dinámico de la eficacia del acto. Específicamente cuando se pretende hacerlo ejecutorio o realizar las operaciones administrativas, tendientes al cumplimiento de lo dispuesto o decidido en estas manifestaciones de voluntad de la administración.

Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos

Bajo el nombre genérico de pérdida de fuerza ejecutoria, el Código Contencioso Administrativo recoge lo que la doctrina administrativista denomina, en algunas oportunidades, como fenómenos de extinción de los efectos de los actos administrativos. Eventos que no son otra cosa que alteraciones a la normal eficacia del acto administrativo. El ordenamiento positivo reafirma precisamente en el Art. 66 del Código Contencioso que la regla general aplicable a todo acto administrativo que se encuentre en firme, es la de su tránsito ordinario al mundo de la eficacia. Regla general que eventualmente puede excepcionarse, limitándose en consecuencia los efectos jurídicos previstos en la norma administrativa. Estas limitaciones o rompimientos a la normalidad administrativa se pueden reunir en dos grandes grupos:

El primero, conformado por las causales que se limitan a suspender los efectos jurídicos del acto en el contexto de la eficacia; y el segundo, estructurado por las causales que evidentemente implican una pérdida total de la fuerza ejecutoria del acto administrativo.

Causales del primer grupo

Se caracteriza este primer grupo porque en la práctica no existe una extinción de los efectos del acto administrativo sino un suspenso provocado de los efectos del acto, sea por vía jurisdiccional, como es el caso de la suspensión provisional de los actos administrativos, o por vía administrativa en los casos de inercia, inejecución, inactividad u omisión de la administración al no realizar las actuaciones que le correspondan para ejecutar un acto administrativo. La primera de las hipótesis se encuentra regulada en los artículos 66 numeral 1o. y 152 a 159 del C. C. A. La segunda, en Art. 66 numeral 3o. del mismo ordenamiento.

- La suspensión provisional del acto administrativo es una medida de estricto orden jurisdiccional de carácter rogado y cautelar, que pretende la cesación temporal de los efectos del acto administrativo como medida previa dentro del proceso contencioso administrativo, con el fin de que el acto impugnado no surta efectos jurídicos mientras se resuelve sustancialmente el litigio sobre su legalidad. A la suspensión se llega a través de un juicio previo, formal y sumario, realizado por la autoridad jurisdiccional, que la induce a la conclusión de que hay razones suficientes, en razón a la aparente y manifiesta infracción del acto administrativo de normas superiores, para frenar sus efectos jurídicos mientras el proceso contencioso se tramita.

No se trata de un prejuzgamiento. Todo lo contrario, es la más importante medida cautelar con que cuenta la autoridad jurisdiccional para preservar el ordenamiento jurídico mientras resuelve, de fondo, sobre la legalidad de una providencia administrativa.

El Consejo de Estado en múltiples oportunidades ha destacado las anteriores características de esta institución. Es decir: no se trata de una acción, sino de una petición accesoria dentro de un proceso

contencioso administrativo; que como medida accesoria reviste el carácter de transitoria y que de ninguna manera puede otorgársele el carácter de sentencia definitiva. Precisamente en auto del 20 de junio de 1986, la sección I de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado delineó la naturaleza jurídica de esta institución limitante de la eficacia del acto. Indicó la Corporación lo siguiente: "...la suspensión provisional es ante todo una excepción al principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual, estos se presumen ajustados plenamente a las normas de superior jerarquía, mientras en proceso complejo y completo no se demuestre su inconformidad con la ley a la cual han de estar sometidos. Esta es la razón para que la ejecutoriedad y ejecución de los mismos, no sea posible mientras avanza el proceso de revisión ante la jurisdicción competente para pronunciarse, en últimas, sobre su conformidad o inconformidad con el ordenamiento jurídico situado en niveles superior al que ocupa el acto simplemente administrativo..."¹⁸⁶.

En posterior providencia se ahonda mucho más sobre el carácter preventivo de esta institución. Indicó la Corporación lo siguiente: "...El instituto preventivo de la suspensión provisional no tiene por objeto pronunciamiento sobre la validez o ilegalidad del acto administrativo de que se trate, sino que se refiere a la simple suspensión de los efectos del mismo.... lo cual conduce a deducir que no puede haber contradicción lógica entre la providencia que resuelva sobre ella y la sentencia que se pronuncie como conclusión del proceso, ya que ésta sí se refiere a la validez intrínseca del acto acusado para declarar su legalidad o contrariedad con la norma de superior jerarquía. Porque si bien es cierto, que en el momento de decidir sobre la suspensión, se ha confrontado un texto con el otro para saber si el de inferior categoría contradice a primera vista al de superior rango, en ese momento es preciso hacer abstracción de consideraciones que posteriormente, durante el plenario, han de conducir a la declaratoria de legalidad o a la anulación de la norma atacada porque su naturaleza contradice el ordenamiento superior..."¹⁸⁷.

186. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección I Auto del 20 de junio de 1986. C.P.: Guillermo Benavides Melo.

187. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección I, Auto del 15 de septiembre de 1987. C.P.: Guillermo Benavides Melo.

- La inercia, inexecución u omisión del cumplimiento de los procedimientos para la eficacia del acto, implican en la práctica jurídica una situación de suspensión provisional de los efectos del acto. Esta suspensión le es imputable única y exclusivamente a la administración, quien es la instituida y obligada para ejecutar los actos que sean ejecutables. El Art. 66 del Código Contencioso Administrativo, admite la suspensión de los efectos por las razones que estudiamos hasta por cinco años. Es decir, la administración cuenta con cinco años, contados a partir del momento en que los actos administrativos se encuentran en firme, para realizar todas las operaciones tendientes a su ejecución. De no actuar dentro de este lapso, la suspensión de los efectos del acto que le es imputable a la misma administración, se transforma en una sanción para la administración morosa consistente en que por una parte el acto pierde su fuerza ejecutoria y por la otra, la administración perdería en la práctica la competencia para hacerlo ejecutivo. A ninguna otra conclusión podemos llegar cuando la norma en estudio establece lo siguiente: Los actos administrativos perderán su fuerza ejecutoria "Art. 66 ... 3 - cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos".

Causales del segundo grupo

Constituyen verdaderas pérdidas de la fuerza ejecutoria del acto la nulidad, el decaimiento o desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho del acto, el cumplimiento de la condición resolutoria la pérdida de vigencia y la revocación como instrumento de la administración.

Declaratoria de nulidad

Indica el artículo 66 del C. C. A., que una de las razones para la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, es el pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa declarando que el acto administrativo viola alguno de los presupuestos de su legalidad y en consecuencia, que no puede seguir surtiendo efectos en el mundo jurídico. Es de advertir que en el Derecho colombiano, la declaratoria

de nulidad del acto es de una sólo clase: la de la simple nulidad el acto. A diferencia de otros ordenamientos donde los pronunciamientos de la jurisdicción respecto de la legalidad del acto pueden ser de nulidad absoluta o nulidad relativa. Esta doble clasificación tan sólo se presenta, tratándose de los negocios jurídicos o contratos estatales, donde la Ley 80 de 1983 establece la posibilidad de que estos actos administrativos de carácter bilateral o negocios del Estado sean objeto de pronunciamientos, respecto a nulidades absolutas o relativas. Para el caso específico de los actos administrativos nuestro sistema tan sólo permite pronunciamientos de simple nulidad, que pueden ser de la totalidad del acto administrativo, o parcialmente de algunas de sus disposiciones.

De acuerdo con la doctrina cabe señalar que la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales. Resulta evidente que si el ordenamiento prescribe condiciones de admisibilidad jurídica de una actuación que se proyecta al mundo del derecho, debe así mismo indicar los mecanismos de protección para que sus previsiones no sean desconocidas. La doctrina identifica precisamente a la nulidad en los términos anteriormente expuestos. Para el profesor Alessandri Besa, la nulidad es "...la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto... la ley, por lo general, sanciona siempre la omisión de los requisitos que ella considera indispensables para que un determinado acto jurídico produzca todos los efectos que le son propios..."¹⁸⁸.

De lo expuesto se desprende que la teoría tradicional ha caracterizado la nulidad como una natural privación de los efectos jurídicos del acto; una sanción nacida de la omisión o incumplimiento de los requisitos o elementos indispensables para la realización del acto y una consecuencia indubitable de estricto origen legal. De estos elementos

188. Alessandri Besa, Arturo. La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. pp. 4 y 6.

identificadores, podemos concluir que la nulidad se genera en el ámbito de la formación del acto, es decir, en anomalías de los elementos que deben concurrir para la validez del acto administrativo, pero que tiene efectos indudables en el mundo de la eficacia del acto específicamente en cuanto a su ejecutoria.

Problema interesante en el derecho nacional, se presenta sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo. Sobre este aspecto vale la pena indicar que la jurisprudencia nacional no ha sido unívoca. Dos tipos de efectos se le han otorgado a la nulidad de los actos administrativos de manera indistinta durante algunas épocas de nuestra jurisprudencia. Una primera corriente sostiene que la declaratoria de nulidad del acto administrativo produce efectos retroactivos a partir del momento en que el acto surgió a la vida jurídica. Consecuencias inevitables de esta tesis es que la totalidad de situaciones jurídicas emanadas del acto declarado nulo dejarían de existir. Una segunda tesis, en nuestra opinión aceptable y que propende por la protección del ordenamiento jurídico y las situaciones individuales generadas a partir de un acto que ha sido declarado nulo, sostiene que los efectos de la nulidad tan sólo pueden ser hacia el futuro, esto es, a partir del momento en que la providencia respectiva quede en firme. Consideramos que esta es la opinión dominante en nuestra jurisprudencia. Se trata de una tesis de avanzada jurídica, que no puede ser desconocida y que eventualmente protegería a todos aquellos que de alguna manera obtuvieron derechos o situaciones jurídicas concretas durante el tiempo en que estuvo vigente la norma declarada nula.

Veamos cómo históricamente la jurisprudencia de la Corporación, ha pretendido encauzar en un buen número de sus providencias, la anterior interpretación:

- Sentencia del 27 de mayo de 1941. Consejo de Estado.

“...La nulidad es jurídicamente diferente de la situación que se presenta cuando disposiciones jerárquicamente inferiores vienen a quedar sin eficacia o aplicación como consecuencia de normas superiores dictadas

con posterioridad. Un acto, válido en el momento de su expedición no está afectado del vicio o sanción de nulidad aunque luego resulte contrario a leyes posteriores de superior obligatoriedad. Una cosa es el fenómeno jurídico de la nulidad y otra la inaplicabilidad de un precepto...”.

Tratándose de actos individuales, es decir, aquellos producidos durante la vigencia de una norma que le ha servido de fundamento, pero que crean situaciones jurídicas concretas, se individualizan de tal manera que no permanecen dependientes de la norma superior en la medida en que han creado situaciones jurídicas específicas en cabeza de un sujeto determinado. En este sentido la sentencia comentada consolida el fenómeno como de carácter autónomo, impugnabile independientemente de los vicios que puedan afectar al acto del cual se desprendió.

- Sentencia del 17 de octubre de 1969, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección IV. C.P. Dr. Hernando Gómez Mejía, actor CADENALCO.

“...En el campo civil la nulidad pronunciada en sentencia con fuerza de cosa juzgada, tiene efecto retroactivo y da a las partes el derecho para ser restablecidas al estado en que se hallarían, si no hubiese existido el acto o contrato nulo. En el campo administrativo, la sentencia con efecto *erga omnes* sólo opera hacia el futuro...”.

La pretensión en el proceso civil de nulidad, involucra derechos similares a los de la llamada acción de restablecimiento del derecho, en el proceso contencioso administrativo. Razón ésta elemental para que los efectos sean los indicados en la providencia comentada. La nulidad en el proceso contencioso administrativo, tiene unos efectos totalmente diferentes; no solo busca que el orden jurídico del Estado sea reparado, por lo tanto involucra una pretensión general y no particular. En este sentido la pretensión no favorece aspiración individual alguna. Desde este punto de vista, el efecto de la nulidad, debe respetar indudablemente las situaciones que se han desprendido del acto nulo, constituyendo decisión independiente.

- Sentencia del 26 de abril de 1973, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 1a.

"...La declaración de inexequibilidad equivale a una declaración de nulidad. Así lo han admitido juristas como el doctor Fernando Garavito, en su célebre estudio citado por el señor fiscal y por el apoderado de la parte impugnadora y el doctor Miguel Moreno Jaramillo quien no vacila, en su libro 'Sociedades', al expresar las diferencias que existen entre los conceptos de nulidad, suspensión, revocación, inaplicabilidad". En la columna precedente nos trazamos un renglón especial para la palabra inexequibilidad, porque en el fondo esta significa tanto como nulidad. La sentencia de inexequibilidad de una ley, decreto u ordenanza, por ser contrarios a la Constitución equivale a una declaración de nulidad del acto.

"Si para que haya derogación se requiere otra ley eficaz que extinga la primera, si para que una ley sea inexecutable se requiere una sentencia que declare que es contraria a la Constitución, la derogación y la inexecutable no pueden ser conceptos jurídicos equivalentes, pues son actos que difieren por sus autores, por sus motivos y por sus fines. En cambio, si tanto en derecho público como en derecho privado se dice que está anulado un acto cuando por sentencia definitiva se consideró afectado de vicios que le impidieron producir efectos (Moreno Jaramillo), la declaración de inexecutable sí equivale a la declaración de nulidad, pues no se hace cosa distinta que decir que la Ley estaba afectada del vicio de inconstitucionalidad que le impidió producir efectos. Inexecutable es lo que no produce efectos, lo que no tiene vida, dice el doctor Fernando Garavito en su mencionado estudio, porque etimológicamente el vocablo executable quiere decir con efecto, con valor, que puede ejecutarse o cumplirse *quod effici potest*

"Pero a pesar de la disparidad de criterios, coinciden las mismas providencias, en el señalamiento de los efectos de la sentencia de inexecutable: no tiene efecto retroactivo, todo lo contrario, sus efectos son hacia el futuro y, por consiguiente, se reconocen los actos y situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la ley, antes del pronunciamiento jurisdiccional. Esto por una razón elemental de

conveniencia: el mundo de las relaciones exige garantía de estabilidad para las mismas, cuando no fueren concretadas bajo la forma que se presumía válida. Esa certidumbre comunica seriedad y seguridad a los actos jurídicos, y también genera armonía social, porque evita distorsión en el tratamiento de los derechos ya individualizados en razón de la ley jurídicamente existente...”.

Se puede destacar de esta providencia, desde el punto de vista de su naturaleza, que tanto la inexequibilidad como la nulidad se asimilan. Por lo tanto, los efectos de la primera son perfectamente aplicables a la segunda. Lo anterior nos lleva a pensar, desde este punto de vista, que las situaciones jurídicas individuales, creadas a partir de un acto administrativo general que posteriormente es declarado nulo, deben permanecer, produciendo efectos jurídicos por las razones antes expuestas y hasta tanto una autoridad jurisdiccional no se pronuncie sobre su validez en el ordenamiento jurídico.

- Auto del 18 de noviembre de 1988 Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1a., C.P. Simón Rodríguez, exp. 950, actor José María del Castillo Abella.

“...Teniendo efectos *erga omnes* la decisión de la Corte Suprema, que desató la acción popular consagrada en el Art. 214 de la Constitución Nacional, la declaratoria de inexequibilidad del Art. 141, del Decreto 80 de 1980, deja sin efectos el texto que lo pretendió reglamentar (aparte del Art. 7o. literal a). del Decreto 2799), y le transmite a éste los mismos vicios de inconstitucionalidad...”.

A través de este pronunciamiento, la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo, diferencia lo que son los efectos de la sentencia de inexequibilidad frente a actos administrativos generales y particulares. Para el caso, se pronuncia respecto de los generales, los cuales indubitadamente en el momento en que se producen continúan ligados al acto principal, para el caso de la ley a la que le debe su origen. El acto reglamentario es un acto general que desarrolla aspectos de la ley, resulta entonces lógico y necesario que por ser una prolongación de aquella deban transmitirsele, de manera inmediata

los vicios que lleven a la declaratoria de nulidad del acto legislativo. Este planteamiento no es válido tratándose de actos individuales tal y como se expresará a continuación:

- Sentencia del 9 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 1a. C.P. Luis Antonio Alvarado. Expediente No. 112 Actor ETERNIT COLOMBIANA S.A.

“...La Corte Suprema de Justicia, en muchas oportunidades se ha pronunciado en torno a los efectos de su sentencia de inexequibilidad señalando en todo caso que sus efectos solo rigen hacia el futuro y con la obvia consecuencia de que las situaciones creadas durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional, son válidas en defensa de la seguridad jurídica y de la buena fe de los gobernados. Puede decirse que en este aspecto de las acciones de inexequibilidad de las leyes, desde el principio la Corte interpretó los alcances de los efectos de estos fallos hacia el futuro, porque como lo dijo tiempo después de haberse erigido este valioso instrumento en defensa de la constitucionalidad de las leyes en 1910, si sus efectos fueran retroactivos y alcanzaran a anular leyes desde su origen, ningún derecho habría firme y la inseguridad social y la zozobra, serían permanentes y mayores cada día. Así se sostuvo invariable la jurisprudencia hasta 1929, año en el cual se empleó el criterio anterior, que como lo anota el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, en destacado estudio, en el que discrepa de la tesis tradicional de la Corte, se permitió la nueva doctrina afectar asuntos pasados, al indicar que los tribunales, por los trámites comunes, serían los que decidieran las cuestiones particulares generadas, en la ley declarada inconstitucional...”.

Si bien es cierto que el anterior planteamiento está referido a la sentencia de inexequibilidad, sobra decir que ya en fallos anteriores, el Consejo de Estado había indicado, que el fallo de nulidad, se puede asimilar al de inexequibilidad porque naturalísticamente se trata del mismo fenómeno, la diferencia radica en el órgano jurisdiccional que resuelva el conflicto.

- Concepto del 21 de noviembre de 1989, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Dr. Humberto Mora Osejo.

“...La declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 2a. de 1989, cualquiera que sea el efecto que se le dé a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, *ex nunc* o *ex tunc*, en principio, no obsta para que esté vigente el Decreto 583 del 22 de marzo de 1989; pues, aunque fue expedido con fundamento en la Ley 2a. de 1989, es un acto independiente de ésta que, por lo mismo, subsiste a pesar de haber sido declarada inconstitucional... Sin embargo, la Sala observa que la declaratoria de inconstitucionalidad, de la Ley 2a. de 1989, que es la base del Decreto 583 del 22 de marzo de 1989, sería relevante de la validez de éste en el proceso que podría adelantarse para que se declare inconstitucional...”.

En este concepto, el Consejo de Estado va mucho más allá de las anteriores expresiones. El principio de la seguridad jurídica de los asociados, se sobrepone independientemente del efecto que se le otorgue a la sentencia. Trátese de efectos hacia el futuro, o hacia el pasado, el acto individual debe prevalecer hasta tanto no se le impugne individualmente.

- Sentencia del 28 de noviembre de 1989, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Simón Rodríguez Rodríguez, expediente A-051. Actor Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda DAVIVIENDA.

“...el Art. 3o. del Decreto 252 de 1980 fue declarado nulo por la Corporación el 23 de noviembre de 1984 y las decisiones tomadas durante la vigencia del acto anulado son válidas y obligatorias como en el caso del Acto acusado...”.

Como lo indicábamos en el fallo anterior, la similitud entre los efectos de los fallos de inexequibilidad y de nulidad, son obvias. La estabilidad jurídica del Estado no puede ponerse en duda cuando se han creado situaciones jurídicas independientes durante la existencia plena de un Acto que posteriormente es declarado nulo. En el proceso del cual hemos transcrito las anteriores notas, se observa con claridad cómo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, que dicho sea debe prevalecer sobre la de las diferentes secciones, adopta la tesis

de la sobrevivencia de los actos individuales cuando la norma jurídica que le ha servido de fundamento, desaparece del ordenamiento jurídico.

- Sentencia del 12 de octubre de 1990, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección IV C.P. Consuelo Sarria Olcos. Exp. 1846. Actor Banco Central Hipotecario.

“...Los efectos cumplidos con base en actos administrativos, con base en normas declaradas inexequibles o nulas, y que no se hallen sujetos a controversia judicial, guardan su integridad, dado que la declaratoria de nulidad cuando el fallo culmina en proceso, desatado en ejercicio de una acción pública de ese tipo, no tiene, en principio, efectos retroactivos, y que la desaparición del precepto obra *ex nunc* o sea hacia el futuro, por lo que en adelante no puede tomarse decisión fundamental en el mismo, dada su inexistencia a partir de la fecha en que la sentencia que lo declaró injurídico, adquiriera firmeza... los actos administrativos dictados con base en el precepto previamente a su anulación, conservan su presunción de legales y deben ser aplicados, salvo el derecho de quienes las hayan impugnado debidamente hasta esta jurisdicción...”.

Reitera esta providencia, la necesidad de preservar los actos individuales frente a la pérdida por inexequibilidad o nulidad, de la norma general, que le sirvió de fundamento. Insiste en que el acto individual subsistente, a la declaratoria de inexequibilidad, puede ser objeto de impugnación, de manera independiente. De no ser impugnado, conserva su presunción de legalidad, y surte efectos jurídicos plenamente.

Decaimiento del acto administrativo

El fenómeno del decaimiento del acto administrativo también goza de regulación en nuestro ordenamiento positivo. El Art. 66 numeral 2, establece dos hipótesis a través de las cuales un acto producido válidamente puede llegar a perder fuerza en el ámbito de la eficacia al desaparecer sus fundamentos de hecho o de derecho. La doctrina

identifica precisamente estas circunstancias como las determinantes del decaimiento o muerte del acto administrativo por causas imputables a sus mismos elementos, en razón de circunstancias posteriores, mas no directamente relacionadas con la validez inicial del acto. El profesor Cintra do Amaral, identifica el decaimiento como las modificaciones de orden legal que le retiran los fundamentos de validez a un acto que ha sido producido válidamente¹⁸⁹.

El decaimiento del acto en el Derecho colombiano, está en íntima relación con la motivación del acto. Es decir, se configura por la desaparición de los elementos integrantes del concepto motivante del acto. Recordemos cómo, al estudiar los elementos externos del acto administrativo, identificábamos como uno de los principales, el denominado de los motivos o razones del acto administrativo, elemento que involucra una relación lógica entre los argumentos fácticos y las razones de orden jurídico que le sirven a la administración para determinar su competencia e igualmente para resolver sustancialmente el conflicto planteado. Desapareciendo uno de estos elementos, se configura en el Derecho colombiano el fenómeno del decaimiento.

El Art. 66 del Código Contencioso Administrativo, al instituir el llamado decaimiento del acto administrativo dentro del concepto genérico de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, desarrolla una limitante expresa al mundo de la eficacia del acto. Para estos efectos resulta de especial interés mirar el alcance que tiene la causal 2a. del Art. 66 en cuanto a la fuerza ejecutoria, por la desaparición de los fundamentos, fácticos o jurídicos que le han servido de base a la decisión. Analizado el contexto mismo de dicha norma, se puede llegar a la siguiente conclusión: En ciertos eventos, la pérdida de fuerza ejecutoria, debe ser el resultado de un debate jurisdiccional, especialmente cuando están de por medio situaciones jurídicas consolidadas. En este sentido, en la hipótesis del Art. 66, para aceptar la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto individual por desaparición de su fundamento jurídico, el Juez Administrativo, debe haber juzgado

189. Cintra do Amaral, Antonio Carlos. *Extinção do Ato Administrativo*; Editora Revista Dos Tribunais; São Paulo 1978.

el asunto y llegado a la conclusión de que evidentemente la base desapareció, viciando en consecuencia la legalidad del acto individual.

En reciente providencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, se llegó a una conclusión similar a la anteriormente planteada. La providencia diferencia la pérdida de fuerza ejecutoria frente a un acto general y frente a un acto particular. El asunto fue tratado en los siguientes términos:

“...La doctrina administrativa foránea y la nacional que ha seguido estas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho, indispensables para la existencia del acto. a). Derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo, cuando dicha regla era condición indispensable para su vigencia; b). Declaratoria de inexequibilidad de la norma constitucional o legal hecha por el Juez que ejerce el control constitucional, en los países en donde ello existe; c) Declaratoria de nulidad del acto administrativo, de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular, y d). Desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o de una situación jurídica particular y concreta.

De acuerdo con lo anterior, el legislador colombiano ha establecido expresamente: Primero, que el acto administrativo -sin hacer distinción entre el general y el particular, o concreto- salvo norma expresa en contrario, pierde su fuerza ejecutoria, entre otros casos, cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (Art. 66 - 2 del C. C. A.) y, segundo, cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efecto en lo pertinente a los decretos reglamentarios (inc. final del Art. 175 del C. C. A.).

Corresponde, entonces, a la Sala, para determinar la procedencia o improcedencia de las pretensiones de la demanda, dilucidar los siguientes interrogantes:

1. Todos los actos administrativos que profieran las diferentes autoridades colombianas que ejercen función administrativa, ¿se extinguen o pierden su fuerza ejecutoria por el fenómeno jurídico del decaimiento reconocido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina nacional?
2. Cuando se produce la declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal en que se funda un acto administrativo creador de situación jurídica individual o concreta, ¿se produce la extinción y pérdida de fuerza ejecutoria de ese acto administrativo?

En cuanto a lo primero, considera la Sala que, salvo norma expresa en contrario, todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico. (Art. 66 C. C. A.)... En cuanto a lo segundo, para la Sala también es claro que cuando se produce una declaratoria de inexecutable... esa declaratoria no afecta la existencia o vigencia del acto administrativo, como tampoco la existencia y validez de los actos jurídicos celebrados durante la vigencia de la ley o del decreto ley posteriormente declarado inexecutable, ...creador de situación jurídica individual, particular o concreta, no solo por la consideración de que antes de la sentencia de inexecutable el precepto podía ejecutarse porque, en abstracto, debía considerarse acorde con la Constitución,... sino por cuanto, razones de seguridad jurídica para los integrantes de una sociedad..."¹⁹⁰.

190. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 1 de agosto de 1991. Sección I. C.P.: Miguel González Rodríguez. Puede consultarse igualmente la Sentencia del 23 de febrero de 1990, Sección III, con ponencia del Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

Cumplimiento de la condición resolutoria

El Art. 66, numeral 4o. establece que se perderá igualmente la fuerza ejecutoria del acto cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentra sometido el mismo. Se trata de la incorporación de un elemento adicional al contenido del acto a través del cual se prevé que el acto dejará de producir efectos una vez se configure determinada situación fáctica. Ej: las autorizaciones pro-tempore a los alcaldes o gobernadores para ejercer determinadas facultades. En este caso la condición de resolución del acto, estaría dada por el vencimiento del término establecido en el respectivo acto de facultades.

Pérdida de vigencia

Se trata de otra modalidad de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo enunciada en el numeral 5o. del Art. 66 del C. C. A. En nuestra opinión es un concepto genérico que recoge la totalidad de eventos de esta segunda causal de pérdida de fuerza ejecutoria. Tanto el decaimiento como la nulidad o el cumplimiento de la condición resolutoria quedarían incorporados bajo este nombre genérico de pérdida de vigencia. Tendríamos que agregar algunas otras situaciones específicas que harían parte de la pérdida de vigencia. Estos son los eventos de derogatoria o revocación, que de configurarse podríamos, conforme al ordenamiento positivo, calificarlos como limitantes a la eficacia del acto en razón a que son verdaderos ejemplos de pérdida de fuerza ejecutoria del mismo.

Revocación como mecanismo de la administración

En el capítulo anterior estudiábamos algunos aspectos generales del fenómeno de la revocación directa de los actos administrativos. Sosteníamos la tesis, por algunos refutada, de que en derecho colombiano, el fenómeno de la revocación tiene una doble naturaleza: La de recurso extraordinario cuando es ejercida por persona interesada ante la administración; y la de un mecanismo directo de la administración para salvaguardar el ordenamiento jurídico, cuando es la misma administración la que actúa de manera oficiosa. A esta

conclusión llegábamos después de analizar la redacción del Art. 69 del Código Contencioso Administrativo que abre la posibilidad para que la revocación proceda de oficio o a solicitud de parte.

Podemos caracterizar esta modalidad de revocación, en los siguientes términos:

- Procede de manera oficiosa por la administración en cualquier momento sin necesidad de solicitud de parte, cuando se observen la configuración de algunas de las causales del Art. 69 del Código Contencioso Administrativo.

- Procede, incluso, contra aquellos actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa. Consideramos que la limitante del art. 70 del C. C. A., se estructura exclusivamente frente a la revocación como recurso extraordinario, pero no constituye talanquera alguna para el ejercicio de la revocación por parte de la administración. Obsérvese que la norma está limitando la revocación para el peticionario, esto es, para el interesado o legitimado en el recurso extraordinario, mas no para la administración cuando actúa oficiosamente.

- El acto administrativo que resuelva la revocación como mecanismo de la administración no se encuentra sujeto a las restricciones del Art. 72 del C. C. A. Esto es, la persona afectada podrá intentar los recursos de vía gubernativa, porque es la administración la que está creando nuevas situaciones jurídicas e incluso podrá acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa si considera que ese acto de revocación afecta sus derechos o intereses.

- La revocación como mecanismo de la administración implica el surgimiento de una actuación administrativa con el pleno cumplimiento de las formalidades establecidas para todo tipo de actuación en el C. C. A. Se desprende esta afirmación, del contenido de los Arts. 29 Constitucional y 74 del C. C. A. Implica lo anterior que el debido proceso en estos eventos no se garantizaría exclusivamente con el ejercicio de los recursos gubernativos, sino también, con la

presencia previa de la persona afectada con la decisión de la administración.

5. OTROS PROBLEMAS EN LA EFICACIA DEL ACTO

Estudiada con algún detalle en los numerales anteriores la problemática relativa a la estructura, validez y eficacia del acto administrativo¹⁹¹, corresponde de manera lógica introducirnos en el aún más delicado campo de algunos efectos jurídicos que la eficacia del acto está llamada a soportar frente a algunos fenómenos de discutible procedencia e incluso de naturaleza jurídica¹⁹². Se trata de aproximarnos a las figuras de la inexistencia e inoponibilidad del acto administrativo¹⁹³.

Un acto administrativo engendrado sin el cumplimiento de los requerimientos legales, indubitadamente tendrá que ser sujeto de medidas que tiendan a impedir que pueda seguir surtiendo efectos; es a este fenómeno al que la doctrina ha designado como “teoría de la ineficacia del acto administrativo”. En este mundo de la ineficacia se

191. Vid, Aldana Duque, Hernán Guillermo. “Inexistencia, ineficacia y nulidad de los actos administrativos”, en *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, Alessandri Besa, Arturo. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, pp. 4-12, 33-68, 72-90; Brewer-Carías, Allan. *Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos*; De Gásperi, Luis. *Tratado de las obligaciones*, pp. 659-701; Doral, José Antonio y Miguel Angel del Arco. *El negocio jurídico*, pp. 325-360; Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. *La doctrina de los vicios de orden público*, pp. 105-115; García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros. *Op. cit.*, supra nota 20, pp. 6-14 y 115-120; Lutzesco, Georges. *Teoría y práctica de nulidades*, pp. 20-30 y 57-163; Llambías, Jorge Joaquín. *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1953. Martínez Brenes, Luis y José María Pereira Pérez. *La nulidad del acto administrativo*, pp. 108-115; Ruiz Serramalera, Ricardo. *Derecho civil, el negocio jurídico*, Madrid, Universidad Complutense, sección de publicaciones, 1980, pp. 359-439.

192. Forsthoff, Ernst. *Op. cit.*, p. 309. sostiene este autor que: “... el problema del acto administrativo defectuoso se basa en el simple hecho fundamental de que aquellas irregularidades que afectan al obrar de la administración redundan en de su eficacia jurídica...” si el Estado “... prescribe que un determinado acto administrativo puede realizarse bajo determinados supuestos y guardando ciertos límites objetivos; puede permanecer indiferente en el caso de que In-concreto se haya producido un desvío de estos preceptos, pues lo contrario equivaldría a negarse a sí mismo...”.

193. Vid, nota supra 191.

han planteado algunas discusiones de carácter práctico sobre la procedencia de los fenómenos de la inexistencia e inoponibilidad, e igualmente en los ya abordados de nulidad del acto y como lo estudiaremos en el capítulo siguiente el de las meras irregularidades no anulatorias.

En este orden de ideas, la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera, han venido reconociendo algunos tipos o categorías de efectos producidos por los vicios en los actos administrativos, los cuales constituyen precisamente el objeto de la teoría de la ineficacia e invalidez.

Inexistencia de los actos administrativos

El concepto de inexistencia como elemento de la teoría general del derecho, constituye uno de los temas más debatidos y controvertidos; polémico, al extremo de no admitirse acuerdos doctrinarios sobre sus alcances, conceptos y aplicabilidad en algunas ramas de la estructura jurídica. Operativamente y siguiendo las exposiciones predominantes, podemos indicar que esta modalidad de ineficacia e invalidez¹⁹⁴ obedece a las disquisiciones en el mundo del derecho, de las categorías lógicas de lo existente y de lo no existente; del ser o del no ser; de lo que no es y, en consecuencia, no puede ser.

Acto administrativo inexistente, según se ha dicho, es aquel que no ha nacido a la vida jurídica; que no es acto; en consecuencia, del que no puede decirse que sea acto, ni mucho menos administrativo. Se considera estar frente a un evento de inexistencia en los eventos en que la decisión de la administración aún no ha sido adoptada. Algunos estudiosos del fenómeno, pretenden asimilar el concepto de inexistencia cuando al acto adoptado por la administración se le observan anomalías en algunos de sus elementos esenciales, es decir, sujetos, competencia, voluntad, objeto, motivo, causa,

194. Algunos expositores llegan a considerar la inexistencia como un fenómeno no catalogable en los grados de invalidez o ineficacia, sino paralelos a ellos, por la legalidad del acto sino a su consideración como un ser del mundo jurídico.

formalidades, o finalidad. Desde ahora nos basta advertir que compartimos la primera de las tesis, es decir, la de que acto inexistente es aquel que aún no ha sido adoptado, porque de haberlo sido, caeríamos de inmediato, si se le observa algún vicio, en la teoría de la nulidad que es la desarrollada por nuestro ordenamiento positivo. No obstante lo anterior, analicemos las siguientes controversias doctrinales para darle una mayor claridad al conflicto:

Acto inexistente, señala García Oviedo, "...es el acto no nacido, no venido a la vida jurídica por faltarle un elemento sustancial para ello...", razón -agrega el profesor español- para que no pueda hablarse de acto viciado, pues es algo que no existe¹⁹⁵

La teoría de la inexistencia fue introducida en el derecho civil por el profesor Zachariae, y aceptada posteriormente en las estipulaciones generales del derecho. Nace, como es evidente, para explicar una situación fáctica del derecho privado, en la que en razón del dogma (*Pas de nullité sans texte* -no hay nulidad sin norma que la establezca), se imposibilitaba resolver mediante nulidad una situación fáctica. Se dijo entonces, caracterizando esta figura jurídica, que ella se distinguía porque: a) No producía efectos jurídicos; b) Las situaciones creadas y consideradas como jurídicas imposibles o inexistentes no pueden ser confirmadas; c) Es imprescriptible; d) Puede ser alegada por cualquier persona contra la cual se quiera hacer valer; e) No requiere intervención judicial para su declaración.

Dentro de este contexto, la doctrina civilista -la francesa primordialmente- ha desarrollado y aplicado este concepto; Josserand, precisamente, lo ha identificado como aquel que "... carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de manera que no responde ni siquiera a la definición genérica que se ha dado de él por la ley..."¹⁹⁶. Como se observa, para la doctrina civilista la inexistencia del acto depende de la no concurrencia de alguno de aquellos elementos que hemos indicado en el acto que se pretende hacer valer.

195. García Oviedo, Carlos y otro. *Op. cit.*, *supra* nota 20 p. 119.

196. Josserand, Louis. *Cours de droit civil positif français*, París, Ed. Recueil-Sirey, tomo I, 1983, pp. 100 y ss.

Señala Llambías, refiriéndose a este último aspecto, el de su ejecutividad, que: "...para que una sentencia de muerte pueda ejecutarse, se requiere previamente que haya un ser vivo sujeto de la ejecución...", queriendo indicar con esto que el acto inexistente no pueda de suyo ser impuesto para producir consecuencias¹⁹⁷.

El profesor Ruiz Serramalera va mucho más allá en el análisis de la inexistencia aplicada al derecho civil y establece varias posibilidades de estructuración de esta institución. Señala que el llamado acto inexistente es aquel del que debe admitirse que "... carece de toda realidad..." o "... tiene una existencia aparente"; agrega que los supuestos de inexistencia implican que al acto "... le falte alguno de los elementos indispensables, no pudiendo nacer por esta misma razón, aunque adquiera una apariencia de realidad, a consecuencia de la actuación de los sujetos que intervienen en su formación..."¹⁹⁸. Como observamos, y es fácil concluir de este autor español, se acepta, en honor a la verdad, un inicio de existencia en la actuación, principio éste que de por sí, en nuestro concepto y como lo estudiaremos más adelante, es uno de los principales quiebres de esta teoría. Concluye indicando que negocios inexistentes son aquellos que "... carecen de una existencia real, sea cual fuere su forma externa o su apariencia...". Asimismo, señala como casos típicos de inexistencia a los negocios incompletos, es decir, aquellos que aún se encuentran en formación; los defectuosos, que son aquellos que carecen de algún elemento esencial; los aparentes, que no obstante ser portadores de una realidad formal, carecen de causa¹⁹⁹.

Con relación al régimen privado colombiano, se presentan dos situaciones bastante diferentes y opuestas: la primera es la señalada en el Código de Comercio (artículo 898) y la segunda la deducida de la regulación del Código Civil (artículos 1740 y 1741). De acuerdo con la primera de estas regulaciones, se considera inexistente el negocio

197. Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, *supra* nota 191, pp. 5 y 6.

198. Ruiz Serramalera, Ricardo. *Op. cit.*, *supra* nota 191, pp. 364 y 365.

199. *Idem*, pp. 366 y 367.

jurídico "...cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación... y cuando falte alguno de sus elementos esenciales..." (a esto debemos agregar que el inciso 1, del artículo en cuestión, permite la ratificación expresa de un acto inexistente).

Por lo que respecta al régimen del Código Civil, la figura de la inexistencia no aparece expresamente consagrada, razón por la cual, a los supuestos que doctrinalmente se han considerado como casos típicos de esta figura, se les da el tratamiento indicado en los artículos 1740 y 1741 para la nulidad. Señala la primera de estas normas que: "...es nulo todo acto o contrato al que le falta algunos de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa".

Por su parte, el artículo 1741 indica que:

... la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa...

Como se observa, partiendo desde el punto de vista positivo civil colombiano, no hay lugar a la autonomía de la llamada inexistencia de los actos o negocios, sus posibilidades quedan subsumidas en el concepto de nulidad.

Teoría de la inexistencia en los actos administrativos

Los conceptos antes indicados de inexistencia no tardaron en ser importados por la doctrina administrativista y aplicados a las elaboraciones sobre el acto administrativo. No obstante, aquí como en

las otras especies de derechos, su aplicabilidad ha estado precedida de enconados críticos y fervorosos defensores. Las diferentes posiciones adoptadas por los expositores administrativistas, las podemos resumir en las siguientes teorías: a) Teoría que acepta la inexistencia de los actos administrativos; b) Teoría que niega la inexistencia de los actos administrativos; c) Teoría que asimila la inexistencia a la nulidad; d) Teoría que asimila la inexistencia a las vías de hecho. Veamos cada una de ellas:

Teoría que acepta la inexistencia de los actos administrativos

Esta concepción defendida, principalmente por Escola, García Oviedo y García de Enterría, parte de la consideración de que será inexistente el acto administrativo cuando no han concurrido a su formación elementos esenciales requeridos por la ley. Determinan como características de los actos inexistentes en el derecho administrativo las siguientes: a) La acción para impugnarlos es imprescriptible; b) su extinción produce efectos retroactivos; c) la administración y los jueces de cualquier fuero pueden comprobar en todo tiempo esa inexistencia; d) es insaneable; e) los jueces pueden declarar la inexistencia de oficio sin necesidad de una investigación de hecho; f) el acto inexistente, siendo un acto administrativo aparente, no está beneficiado por la presunción de su legalidad²⁰⁰.

Teoría que niega la inexistencia de los actos administrativos

Sostenida fundamentalmente por Fiorini y Marienhoff, consideran los críticos de la inexistencia que ésta no es precisamente la manera más adecuada de resolver los problemas en el derecho administrativo. Se trata, señala Fiorini, de una discusión bizantina, pues no se distinguen al final "...las consecuencias distintas que tiene con cualquier acto nulo o ineficaz...". Agrega este autor, criticando la tesis de la inexistencia por su origen, que:

200. García de Enterría, Eduardo y otro. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 513. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, p. 105.

...cuando esta categoría entra en el Derecho Administrativo no tiene ese origen y menos responde a la crisis del textualismo civilista. Todas las disquisiciones que se han hecho en nuestra opinión, se encuentran fuera de la realidad jurídica pues a poco que se ahonde se termina por ubicar a estos actos en los de broma; a los actos imposibles por absurdos, para caer al final en los actos de los usurpadores y no se comprende entonces para qué se hacen tantas consideraciones sobre el particular... 201.

Teoría que asimila la inexistencia a la nulidad

Se fundamenta esta concepción en el hecho cierto de que el legislador ha determinado, como causales de nulidad del acto administrativo, aquellas hipótesis argumentadas como de inexistencia del acto administrativo, a lo que debe agregarse, tratándose del acto administrativo, la necesaria declaratoria de cualquier situación que vicie el acto administrativo, por el juez respectivo, en procura de la seguridad jurídica de los asociados. Esta tesis la consideramos procedente, en la realidad jurídica colombiana. El derecho administrativo nacional no le da, en nuestra opinión, cabida a la tesis de la inexistencia. Si analizamos las causales establecidas en el Art. 84 del Código Contencioso Administrativo para la nulidad de los actos administrativos, en ellas se recogen plenamente las hipótesis que los defensores de la inexistencia alegan para sustentar sus tesis. En otras palabras, en Colombia la figura de la nulidad del acto, aborda plenamente las hipótesis doctrinales de inexistencia.

Teoría que asimila la inexistencia a las vías de hecho

Esta tesis es expuesta por el profesor Marienhoff, quien considera que ante la imposibilidad de conectar la actuación administrativa con un acto o texto legal válido, la conducta arbitraria en este caso trasunta en "vía de hecho". Es decir, no hay acto, o éste es de difícil prueba y se impugna, en consecuencia, la actuación grosera y salida del cauce,

201. Fiorini, Bartolomé, A. *Op. cit.*, tomo I, p. 473.

cual es, la vía de hecho. “... El tratamiento jurídico de todas aquellas conductas que trasuntan irregularidades de gravedad tal que excedan de la noción de acto administrativo ‘nulo’, no corresponde regirla, pues, por la pretendida teoría del acto inexistente sino por la teoría de la vía de hecho administrativa...”²⁰².

Teoría de la inexistencia de los actos administrativos en derecho colombiano

En un interesante estudio realizado por el profesor Hernán Guillermo Aldana, sobre la problemática de la inexistencia de los actos administrativos en derecho colombiano²⁰³, que dicho sea de paso no tiene regulación positiva en el ordenamiento administrativo nacional, se llega a las siguientes conclusiones, que serán objeto de nuestro análisis:

- Se estructura la inexistencia de los actos administrativos en el régimen colombiano en los eventos en que falta un elemento esencial del acto, tales como el órgano, la competencia o las formalidades;
- El acto administrativo inexistente en derecho colombiano no produce efecto alguno;
- En principio, la sanción y reconocimiento de la inexistencia corresponde a los jueces competentes²⁰⁴.

Llega el profesor Aldana Duque a estas conclusiones después de analizar el siguiente acervo jurisprudencial:

- Sentencia de septiembre de 1959, en la cual el Consejo de Estado, fundado en la incompetencia de un órgano administrativo, se declaró inhibido para resolver sobre una acción de nulidad planteada; consideraba que se encontraba ante un típico caso de inexistencia²⁰⁵;

202. Marienhoff, Miguel S. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 494 y 495.

203. Aldana Duque, Hernán Guillermo. *Op. cit.*, *supra* nota 191, pp. 63-83.

204. *Idem*, p. 73.

205. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de septiembre 10 de 1959, citada por Aldana Duque, Hernán Guillermo. *Op. cit.*, p. 70.

- Auto de febrero de 1960, en el cual el Consejo de Estado, respecto de los vicios procedimentales como fundamento de la inexistencia, dijo: "... el acto acusado que se quedó en simple proyecto, o mejor, en un acto preliminar, o incoado si ello es así, no existiendo el acto administrativo, no tiene la Sala sobre qué pronunciarse, pues, ... el acto inexistente está fuera del orden jurídico..."²⁰⁶.

Pese a los razonados argumentos de este ilustre investigador, no compartimos el criterio de la inexistencia en nuestro derecho administrativo. La misma jurisprudencia del Consejo de Estado, en posteriores fallos, se ha encargado de corregir los pronunciamientos antes indicados. Es así como en sentencia de octubre de 1968, con ponencia del consejero Nemesio Camacho Rueda, la Corporación dijo respecto de la competencia y de las formalidades del acto administrativo, que en el cumplimiento de estos requerimientos se otorga dinámica al principio de la legalidad, "... de modo que si un acto administrativo es producido por un funcionario incompetente y sin el procedimiento establecido, se está en presencia de un Acto nulo, pero no inexistente..."²⁰⁷.

Se puede concluir, así mismo, que no es absoluta la noción de inexistencia en nuestro medio; según el Consejo de Estado, es un término asimilable al de nulidad; en salvamento de voto de la sentencia de julio 29 de 1974, así lo expresaron los consejeros disidentes Juan Hernández Sáenz y Miguel Lleras Pizarro; "... Estos actos que se pronuncian sin siquiera la apariencia formal de competencia son tan nulos que algunos doctrinantes los apellidan inexistentes con lo que no pretenden indicar que no existan porque ahí están, por lo menos son un hecho..."²⁰⁸.

206. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, auto de 18 de febrero de 1960, C.P. Pedro Gómez Valderrama, citada por Aldana Duque, Hernán Guillermo. *Op. cit.*, p. 70.

207. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de 24 de octubre de 1968, C.P. Nemesio Camacho Rueda, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXV, núms. 419-420, segundo semestre de 1968, p. 149.

208. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, sentencia de julio 29 de 1974, C.P. Bernardo Ortiz Amaya, Salvamento de los consejeros Juan Hernández Sáenz y Miguel Lleras, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXXVII, núms. 443-444, segundo semestre, 1974.

Bástenos agregar a lo anterior el hecho de que el Consejo de Estado, de acuerdo con providencias que hemos ya relacionado, se declarara competente para el conocimiento de actos no perfeccionados que la administración pretendía ejecutar. Por último se admite por la jurisprudencia la necesidad de que toda actuación deba ser llevada a los jueces para efectos de su control jurisdiccional; dijo el Consejo en 1975:

... las manifestaciones de voluntad de la administración, por gozar de la presunción de legalidad, producen en principio efectos jurídicos... En Derecho administrativo podría pensarse que el acto inexistente "no existe" ... por lo groseras e inanes, sus efectos y la falta de medios coercibles... Supone que no serán demandadas ante los jueces administrativos... mas la existencia de un acto administrativo legal... no le quita a la manifestación de voluntad su carácter de acto administrativo acusable ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo²⁰⁹.

De acuerdo con lo expuesto, consideramos que en nuestro medio no es factible ni procedente hablar de la inexistencia de los actos administrativos. Lo viable jurídicamente es la nulidad del acto viciado en su estructuración.

Inoponibilidad del acto administrativo

Se dice que un acto administrativo es inoponible a un acto administrado cuando aún no se han cumplido determinados requerimientos o medidas de estricto orden formal tendientes a lograr la eficacia del acto. La inoponibilidad se produce generalmente con respecto de aquellos actos en los cuales falta aún la publicidad que la ley establece para que éste surta efectos frente a terceros indeterminada o determinadamente. Para estos efectos nos remitimos a lo expuesto en los capítulos de la presente obra sobre los aspectos subjetivos en la formación del acto y en el capítulo sobre la publicidad de los actos

209. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de mayo 19 de 1975, C.P. Carlos Portocarrero Mutis, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXXVIII, núms. 445-446, primer semestre, 1975, p. 297.

administrativos en donde analizamos profundamente el problema de la inoponibilidad del acto adoptado mas no publicitado. En la práctica, la inoponibilidad no niega la existencia del acto, simplemente nos indica la imposibilidad jurídica de llevarlo al mundo de la eficacia.

6. CONVALIDACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En procura de la estabilidad jurídica y de hacer predominar el concepto de lo sustancial frente a lo meramente adjetivo, evitándose de esta manera permanentes pronunciamientos sobre ilegalidades que la administración hubiere podido corregir, la doctrina ha desarrollado el concepto de la convalidación de los actos administrativos por las mismas autoridades que los expidieron o por la intervención del legislador al suprimir algún requisito vigente al momento de la expedición del acto o al admitir expresamente que un acto producido de manera irregular produzca plenamente sus efectos jurídicos. Se trata de dos vías diferentes para lograr subsanar las deficiencias en la validez del acto y mantener el mismo surtiendo efectos jurídicos. Desde estos puntos de vista convalidar tendría dos acepciones jurídicamente válidas: la de corregir un acto administrativo y la de admitirlo como plenamente válido mediante ratificación posterior.

En algunos pronunciamientos la jurisprudencia nacional ha aceptado la figura de la convalidación de los actos administrativos. El Consejo de Estado se ha encargado de establecer algunos requerimientos lógicos para su procedencia. Dentro de esta tónica se considera que no todos los actos administrativos pueden ser objeto de convalidación. Solamente aquellos que se refieran a problemas eminentemente internos de la administración y que no se encuentren incursos en situaciones de nulidad prácticamente insubsanables como es el caso de la incompetencia. En providencia de 1991 la Corporación indicó lo siguiente: "...La doctrina extranjera refiriéndose al tema de la convalidación del acto irregular ha expresado que en ciertos casos, y reuniéndose determinadas condiciones, un acto inválido puede ser regularizado por otro acto administrativo posterior. En ese supuesto, el acto irregular queda convalidado, connotación ésta para lo cual

corrientemente se usan las expresiones confirmar, revalidar, ratificar, aprobar, sin un sentido uniforme. Con el alcance indicado, el acto de convalidación abarca las distintas hipótesis en que la administración puede regularizar un acto inválido: Reiterando el acto y llenando entonces todas las formalidades; pronunciándose el órgano competente; obteniéndose la autorización o aprobación que faltaba, etc. ..."²¹⁰.

²¹⁰. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección I Sentencia de junio 6 de 1991. C.P.: Miguel González Rodríguez.

CAPITULO DECIMO
TEORIA DE LOS VICIOS INVALIDANTES. VICIOS
PROPIAMENTE DE LA LEGALIDAD

1. Aproximaciones a la teoría	269
2. Vicios por inconstitucionalidad	276
- Vicios constitucionales sustanciales	282
- Vicios constitucionales adjetivos	283
- Usurpación de funciones	283
- Usurpación de autoridad o poder	284
3. Vicios por violación de los principios generales del derecho	286
4. Vicios por violación de la legalidad formal.	288

CAPITULO DECIMO

TEORIA DE LOS VICIOS INVALIDANTES. VICIOS PROPIAMENTE DE LA LEGALIDAD²¹¹

SUMARIO: 1. Aproximaciones a la teoría 2. Vicios por inconstitucionalidad. Vicios constitucionales sustanciales. Vicios constitucionales adjetivos. Usurpación de funciones. Usurpación de autoridad o poder. 3. Vicios por violación de los principios generales del derecho. 4. Vicios por violación de la legalidad formal.

1. APROXIMACIONES A LA TEORIA

Hemos denominado “teoría de los vicios invalidantes” dentro de los actos administrativos, aquella que señala y estudia los diversas

-
211. Vid, Agrícola Barbi, Celso. A Protecção do cidadão Contra Atos da Administração Pública no Brasil, pp. 59 y ss.; Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit.*, supra nota 20, pp. 336 y ss.; Betancur Jaramillo, Carlos. *Op. cit.*, supra nota 121, pp. 142 y ss.; Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*, tomo II, pp. 13-67; Brewer Carías, Allan R. *Op. cit.*, supra nota 126, pp. 98 y ss.; Duque Pérez, Jairo. Violación de la ley como causal de nulidad del acto administrativo, pp. 135 y ss.; Fraga, Gabino. *Op. cit.*, supra nota 58, pp. 289 y ss.; Forsthoff, Ernst. Tratado de derecho administrativo, pp. 307 y ss.; García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 513 y ss.; González Navarro, Francisco. *Op. cit.*, supra nota 60, pp. 157 y ss.; González Rodríguez, Miguel. *Derecho contencioso-administrativo*, Bogotá, Ediciones de Cultura Latinoamericana, pp. 208 y ss.; Josseland, Louis. Los móviles jurídicos de derecho privado, pp. 43 y ss.; Pontes Filho, Valdir. “O controle jurisdicional dos atos administrativos”, en *Revista Da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, núm. 18, junio de 1981, pp. 23 y ss.; Tamayo y Salmerón, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1986, pp. 251 y ss.; Vallejo Mejía, Jesús. Responsabilidad patrimonial del Estado, pp. 43 y 55; Varossi, Jorge Reinaldo. “El control de constitucionalidad y la soberanía del pueblo”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, núms. 53-54, julio-diciembre de 1975, pp. 443 y ss.; Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho administrativo*, pp. 390 y ss.; Younes Moreno, Diego. *Curso elemental de derecho administrativo*, Bogotá, Editorial Temis, 1984, pp. 90 y ss.

circunstancias, acciones u omisiones, que una vez producidos le restan legalidad a la manifestación de voluntad de la administración; es decir, la hacen no válida. Esta teoría tiene su génesis precisamente en la violación a la estricta observancia de los presupuestos de los actos administrativos. Para ser más exactos, del incumplimiento por parte de las autoridades administrativas de los requisitos y trámites establecidos en la ley para la conformación y manifestación de su voluntad. La validez de los actos depende de que en ellos concurren los elementos y requerimientos establecidos previamente por el ordenamiento. La negación o renuencia a la aplicación de los preceptos de la legalidad, constituye causa eminente de vicios que pueden llevar a la invalidez y consecuentemente a la ineficacia de un acto administrativo.

La doctrina está de acuerdo con el anterior planteamiento; el vicio radica en la legalidad del acto y convierte al acto en defectuoso; “no es su injusticia o su inconveniencia, sino su antijuridicidad, no por tanto, el que contradiga a un sistema de valores cualquiera, sino a un sistema de valores jurídicos, al ordenamiento jurídico”²¹².

Esta teoría produce sus efectos en el mundo jurídico-administrativo, a través de pronunciamientos expresos de naturaleza jurisdiccional o por conducto de manifestaciones de voluntad de la administración, como consecuencia del ejercicio de los recursos ordinarios o de la revocación directa. Obedece esta apreciación, a la naturaleza *juris tantum* de la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos y que los hace aparentemente válidos y eficaces hasta tanto no se demuestre y se declare en firme su validez o invalidez²¹³.

212. Merkl, Adolfo. *Op. cit.*, *supra* nota 80, p. 252; señala igualmente este autor: “pero si, por un lado, para que se pueda hablar de un acto vicioso, es menester que éste se halle en contradicción, en un aspecto cualquiera, con su regla de producción, por otro, tendrá que estar de acuerdo, en un *minimum* determinado, con esa regla, pues de otro modo no sería posible hablar de Acto de Estado, aunque sea defectuoso”. Resulta pertinente la observación de este ilustre maestro, pues para considerar *ab initio* como administrativa una manifestación de voluntad, por lo menos debe emanar de un órgano o autoridad con funciones administrativas, así carezca por completo de los demás presupuestos legales.

213. Forsthoff, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 311 y 312. Desarrolló este tratadista lo que pudiéramos llamar el principio del *in dubio pro acto*, como característica del conocido principio de la presunción de validez de los actos administrativos. “En caso de duda, también el Acto defectuoso es válido. La presunción está en favor de la validez”.

Este postulado encuentra, sin embargo, una importante excepción a través de los mecanismos de control que la misma Constitución ha diseñado tratándose de la confrontación normativa dentro de la pirámide jerárquica del ordenamiento positivo. Esto es, en la denominada excepción de inconstitucionalidad, que invita a que sin la presencia de una decisión judicial, cualquier autoridad, incluso las administrativas, inaplique una norma jurídica cuando ella desconozca los preceptos constitucionales.

Indica al respecto el Art. 4o. Constitucional que, "...La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...".

Por otra parte, y desde el punto de vista legal, se encuentran algunas otras excepciones de importancia. El Art. 24 de la Ley 136 de 1994, por medio de la cual se dictaron normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, estableció otra importante vía para que en el nivel local de la administración pública, ciertos actos producidos con ostensible violación de la legalidad a la que estaban sujetos para su formación, sean inaplicados e incluso desconocidos por las autoridades o los particulares respecto de los cuales se pretendiera ejecutarlos. Esta fórmula del Art. 24 calificada por algunos como de inexistencia del acto, no es más que la consagración de la excepción de ilegalidad del acto en asuntos municipales, que puede ser de directa aplicación por las autoridades o particulares. Lo anterior, sin embargo, en nuestra opinión no impide que ante la ausencia de su inaplicación, los jueces contenciosos se pronuncien respecto de la misma por la vía de la nulidad o del restablecimiento del derecho. El Art. comentado indica lo siguiente en cuanto a la: "...Invalidez de las reuniones: Toda reunión de miembros del Consejo que con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe fuera de las condiciones legales o reglamentarias, carecerá de validez y los actos que realice (sic.) no podrá dársele efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes...".

Ahora bien, sea cual fuere la vía que se utilice para lograr la invalidez del acto, lo que debe quedar en claro para cualquier análisis interpretativo del problema es que las irregularidades y vicios del acto administrativo dependen jurídicamente del enfrentamiento con su legalidad. Para ser más exactos, el vicio obedece al choque del acto administrativo con el bloque de la legalidad. La actividad de la administración pública está en todo momento sometida al derecho, de tal suerte que se hace indudable que cualquier irregularidad no puede tener otra fuente que el desconocimiento o violación de esas normas y principios a los que debe su razón de ser.

El anterior razonamiento nos permite sostener que la idea de irregularidades o vicios afectantes de los actos administrativos se desprende de manera directa de la causal genérica de violación al bloque de la legalidad²¹⁴. Consiste en el desconocimiento de los requerimientos previos para la debida configuración de los elementos internos y externos del acto administrativo. Premisa ésta que acogemos, conforme con la tendencia jurisprudencial de nuestro Consejo de Estado, para quien, de manera general, “todas las causales de anulación de los actos administrativos proceden de violación de la ley”²¹⁵. Violación de la ley, en sentido general, que admite sin distinción la totalidad de irregularidades sustanciales del acto administrativo.

214. En este sentido se ha pronunciado gran parte de la doctrina; sin embargo, consúltense las obras de Forsthoff, Ernst. *Op. cit.*, p. 307; Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, p. 80. Entre nosotros, la obra del profesor Betancur Jaramillo, Carlos. *Op. cit.*, *supra* nota 80, p. 142, para quien: “Las causales de ilegalidad, en el fondo, pueden reducirse a una sola: la violación de la ley”. Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho administrativo*, Cali, Biblioteca Banco Popular, 1978, pp. 390 y ss.

215. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera, Sentencia de 25 de mayo de 1968, C.P. Alfonso Meluk. *Anales del Consejo de Estado*, tomo LXXIV, núms. 417 y 418, primer semestre, pp. 178 y ss. A pesar de contener la presente providencia la idea general expuesta, peca de contradictoria al señalar que: “más ésta -violación de la ley- puede provenir de causas diferentes”. Indiscutiblemente no diferenció, en esta oportunidad, nuestra corporación entre ley formal y ley material; de aquí que adecuemos a nuestro estudio el término bloque de la legalidad.

Sin embargo, desde una concepción estricta, ubicamos dentro del concepto de violación de la ley, aquellas irregularidades que vician propiamente la legalidad del acto, por razones de inconstitucionalidad, de afectación a la simple legalidad formal, o de violación de los principios generales del derecho, admitidos jurisprudencialmente o que han servido de fundamento al régimen positivo. Cuando nos referimos a los vicios de la legalidad en el sentido que establece el C. C. A. esto es, por violación de las normas a las que debería haberse sujetado el acto administrativo en su formación, lo hacemos en un sentido específico, y no en el genérico ya admitido como básico de la totalidad de la teoría.

Se desprenden igualmente de este conjunto de vicios los que se estructuran en los elementos componentes del acto administrativo que podemos agrupar en vicios propios de los elementos externos, y de los elementos internos del acto administrativo: dentro del primer grupo situamos los vicios que pueden afectar al sujeto activo en su competencia -por razón del territorio, de la materia, del tiempo, jerarquía horizontal, usurpación de poder, funcionario de hecho- o en su voluntad. Podríamos agregar los vicios de forma y el recientemente creado por el legislador del desconocimiento del derecho de audiencia o de defensa, que en la práctica constituye una consagración normativa específica del debido proceso, reconocido en el Art. 29 Constitucional. Figura respecto de la cual hicimos un extenso estudio en el capítulo del procedimiento de formación del acto.

Dependen igualmente del grupo de vicios de los elementos externos, los que se refieren al sujeto pasivo del acto y a las formalidades del mismo.

Dentro del segundo grupo, encontramos los vicios originales en los elementos internos del acto administrativo, los que podemos enunciar como vicios del acto -por ilicitud, imposibilidad o inexistencia-, vicios del motivo del acto -falsa motivación- y, por último, los vicios de la finalidad del acto -desvío del poder-.

Debemos anotar que la clasificación expuesta no es más que un intento de organizar dogmáticamente el fenómeno de los vicios del

acto administrativo, para lograr en su estudio una mejor comprensión y entendimiento. Por lo que respecta a su desarrollo teórico, algunos de los vicios expuestos serán abordados, en el estudio de otros vicios, en la medida en que nuestro régimen no establece para los mismos una causal específica, pero que a la luz de la doctrina y la lógica constituyen indubitables eventos de violación al bloque de la legalidad.

El derecho positivo colombiano instituye algunas causales específicas tendientes a la estructuración de vicios invalidantes de los actos administrativos. Estas causales, que podríamos calificarlas de generales de la teoría en nuestro derecho, se encuentran enunciadas en el Art. 84 del Código Contencioso Administrativo, y aunque de manera antitécnica el legislador las ubicó al regular la acción de nulidad, debemos entender que proceden siempre que nos involucremos en el análisis de cualquier acto administrativo, así sea para efectos de controlarlo a través de la acción de nulidad o de cualquier otra que sea legalmente admisible contra un acto de esta naturaleza.

La enunciación del Art. 84 del C. C. A., podemos resumirla en los siguientes vicios que generan respectivamente causales de nulidad:

- Vicios referentes a la inobservación de normas superiores a las que debía estar sujeto el acto.
- Vicios referentes a la expedición del acto por funcionarios u organismos incompetentes.
- Vicios referentes a la expedición irregular o con violación de los procedimientos a que debía estar sujeta la formación de acto administrativo.
- Vicios por el desconocimiento del debido proceso o del derecho de audiencia o de defensa.
- Vicios referentes a los falsos motivos invocados en el acto administrativo.
- Vicios por desviación de poder .

Por otra parte y para cierta clase de actos administrativos, el legislador ha previsto causales especiales que excluyen en nuestra opinión a las causales genéricas enunciadas. Tal es el caso de los actos administrativos de las autoridades electorales que gozan en derecho colombiano de un régimen propio de irregularidades dentro de la teoría de los vicios invalidantes. En efecto, los Arts. 223 del C. C. A., con las modificaciones introducidas por la Ley 96 de 1985, Art. 65 y Ley 62 de 1988, Art. 17; y el 227 del mismo ordenamiento, establecen el régimen positivo de las causales de nulidad para los actos de las autoridades electorales.

Conforme con lo expuesto, una aproximación a la teoría de los vicios invalidantes de acto administrativo, no tiene otra finalidad que la de aproximarnos a los conceptos de respeto y acatamiento del estado de derecho y al sistema democrático de gobierno, permitiéndonos conocer las instituciones que rodean desde el punto de vista positivo, la formación de la voluntad de la administración. Es decir, una aproximación a la teoría de los vicios invalidantes del acto administrativo no sólo nos induce a seguir la vía de la consolidación de un tipo de instituciones: -las democráticas-; sino que también garantiza el conocimiento de un sistema claro y coherente de competencias y controles²¹⁶ que impidan el desbordamiento o acumulación de poderes -estado de derecho-²¹⁷. Desde este punto de vista y en estricto orden lógico corresponde en primer lugar, el análisis de los vicios por violación del régimen constitucional. Esto es, las normas básicas primarias a las cuales deben sujetarse la totalidad de manifestaciones de la voluntad de los órganos estatales.

216. Vanossi, Jorge Reinaldo. *Op. cit.*, *supra* nota 211 p. 444, expone con claridad el autor el fundamento de la problemática que nos induce a justificar un estudio de los vicios del acto administrativo, que afectan directamente la Constitución política.

217. Pontes Filho, Valmir. *Op. cit.*, *supra* nota 211, pp. 23 y 24; "Com efeito, a existência dos três poderes do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, desde que independentes e harmônicos entre si, importa a própria garantia dos direitos individuais contra o abuso e a prepotência daqueles que estejam eventualmente no exercício do governo. Assim é que o menor desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, ou seja, qualquer preponderância de um desses poderes sobre os demais, representará, inevitavelmente, uma ruptura mais ou menos violenta do sistema democrático e do próprio Estado de direito, entendido este como o estado em que a vontade da lei legítima supera a vontade individual do governante..."

2. VICIOS POR INCONSTITUCIONALIDAD

La Constitución es la norma suprema de referencia de todo conglomerado jurídicamente organizado: Indica el Art. 4 Constitucional, que, "... la Constitución es norma de normas", queriendo significar con esto que es punto de partida de la totalidad del ordenamiento. Se desprende de aquí, que de todas las características distintivas dadas a la Constitución, es que la Constitución -y este es un principio universalmente admitido por la dogmática constitucional- en tanto norma fundamental es norma suprema. De esta idea, de la Constitución como ley fundamental, la dogmática constitucional deriva, sin más, la tesis de la supremacía constitucional. En consecuencia, su desconocimiento sería el primero y más significativo vicio que puede afectar la validez de un acto administrativo²¹⁸.

La razón es lógica: existiendo una norma de naturaleza constitucional, por lo tanto superior, enfrentada a otra del mismo ordenamiento, resulta simple concluir que la de inferior categoría se encuentra sometida irremediabilmente a los preceptos de la superior²¹⁹. Las normas constitucionales -tanto las determinantes de principios y garantías como las estipulantes de competencias- deben ser obedecidas y respetadas por las autoridades administrativas en todo instante, procurando que sus actuaciones y manifestaciones se adecuen a los mandatos por ellas determinados.

La observancia de la Constitución siempre y en todos los casos debe ser directa. No constituye justificación válida, para la administración

218. Tamayo y Salmorán, Roland, *Op. cit. supra* nota 211, p. 251.

219. La doctrina constitucional, en sus diferentes tendencias, diferencia dos criterios para justificar la supremacía de la Constitución sobre los demás tipos de normas. La teoría de la supremacía material de la Constitución, defendida por los dogmáticos constitucionalistas, parte del supuesto de que la supremacía obedece al contenido de las disposiciones constitucionales. La supremacía no se debe a caracteres jurídico-formales, "sino que es, justamente, consecuencia del simple hecho de que la Constitución es superior". La teoría de la supremacía jurídico-formal elabora su criterio a partir de las ideas de competencias constitucionales. "Si la Constitución determina la competencia de los órganos, entonces necesariamente, es 'superior' a las disposiciones y mandatos de éstos". Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando. *Op. cit.*, p. 252.

pública, el proferir un acto administrativo violatorio de la Constitución política, resguardado en la tesis del respeto a otras normas superiores -legales o incluso administrativas-, por cuanto es imperativo para todo funcionario, de acuerdo con el artículo 4 de la Constitución nacional, otorgar preferencia a la norma constitucional en todos los casos en que existe incompatibilidad entre ésta y alguna otra norma.

El problema del respeto a la supremacía de la Constitución no es un fenómeno de la vida institucional contemporánea; recordemos cómo en los anales jurídicos norteamericanos se rememora la decisión proferida en el caso de *Marbury vs. Madison*²²⁰ caso en el cual la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, con ponencia del juez John Marshall, sostuvo que la Constitución de la Unión Americana debía prevalecer ante cualquier conflicto que se presentare, tanto con la ley del Congreso Federal, o con una ley del Estado.

Quienes aplican la regla a casos particulares -señala la providencia comentada- “necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla... si una ley se opone a la Constitución... el tribunal tiene que determinar cuál de estas normas en conflicto rige el caso... Así la terminología especial de Constitución... confirma... que una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales están obligados por dicha Constitución”²²¹.

220. *Marbury vs. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137, 177-178 (1803); citado por Tamayo y Salmorán, Rolando. *Op. cit.*, p. 270.

221. *Marbury vs. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137, 177-178 (1803); citado por Tamayo y Salmorán, Rolando. *Op. cit.*, p. 270. Analizando los alcances del presente fallo -más conocido como la decisión *Marchall*-, el profesor Tamayo y Salmorán señala lo siguiente: “a) El poder judicial conoce de todas las controversias que puedan plantearse en ocasión de la aplicación del Derecho, b) La Constitución es, por definición, regla de competencia y, por tanto, no puede ser contrariada sin que el Acto que la contrarie sea *ultra vires*, c) La única garantía de los Derechos Humanos la constituyen el control judicial de los Actos del Legislativo y de la administración”; *op. cit.*, p. 272.

De acuerdo con los comentaristas de este fallo, “aquellos que redactaron las constituciones escritas las concibieron como la ley Suprema y Fundamental de la Nación”. En consecuencia, todo acto, tanto legislativo como administrativo que la violente, no puede ser más que nulo²²².

La Constitución política, por ende, debe ser la primera instancia de observancia por parte de las autoridades al proferir un acto administrativo. Cualquier actuación que desconozca su sustento doctrinal, no cumpla sus preceptos o desvíe sus competencias, está viciada de inconstitucionalidad y consecuentemente, debe ser declarada nula. La jurisprudencia nacional ha sido congruente con estos postulados fundamentales del estado de derecho. Analizando nuestro sistema, ha encontrado precisamente en la Constitución, los parámetros rectores y constructores del Estado, suficientes para orientar cualquier elaboración jurídica. La Constitución, ha dicho la Corte Constitucional, es el punto de partida dogmático e instrumental de nuestras instituciones, de aquí su carácter de norma de normas, que impide que sea desconocida por actos de inferior jerarquía.

Sobre estas bases doctrinales de la Constitución, cualquier vicio en las decisiones de inferior jerarquía, atentaría contra su carácter de suprema norma jurídica del Estado. La Corte ha indicado al respecto que, “...la posición de supremacía de la Constitución, sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias

222. Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando. *Op. cit.*, p. 275. El profesor Vanossi, Jorge Reinaldo. *Op. cit.*, p. 445, a propósito de un breve análisis que hace sobre la sentencia Marshall, señala: “La línea argumental de Marshall y de la Corte Norteamericana fue más liberal que democrática. Para éstos, lo más importante era garantizar que la Constitución fuera una Constitución, o sea que la Constitución cumpliera la función de tal, es decir, de ley suprema o fundamental, de ley de leyes: La Constitución de Filadelfia (1787) proclamó su propia supremacía, pero fueron los miembros de la Suprema Corte los que enunciaron enfáticamente el principio de que correspondía al judicial -a través de todos sus miembros integrantes- la importante función de negar la aplicación de las normas opuestas a las de la Constitución.

y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -congreso, ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como Lex superior, precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello "fuente de fuentes", norma normarum. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del Art. 4 ... "Constitucional"²²³.

Como consecuencia de lo anterior, toda acción u omisión del texto y principios constitucionales implica la generación de vicios en el acto administrativo, que pueden llevar a su declaratoria de nulidad. "...si en verdad se tiene como norma fundamental, sobre ella no puede prevalecer ninguno de los actos ni de las abstenciones de los órganos que integran las ramas del poder público. Actos del Congreso o del ejecutivo, que violen esa norma superior, están llamados a ser excluidos del ordenamiento jurídico, mediante las correspondientes acciones de inconstitucionalidad y nulidad. Lo contrario sería permitir que mediante actos y medios ordinarios, se alterara el texto constitucional convertido así en pieza secundaria, moldeable a voluntad de los poderes constituidos y expuesto a ceder ante las vicisitudes de cada momento histórico. En este estado de cosas, es indudable que se perdería el sentido de una Constitución escrita y rígida como la nuestra y que los poderes públicos en lugar de tener atribuciones y cometidos limitados, se tomarían en fuerzas incontrolables..."²²⁴.

223. Corte Constitucional; sentencia T- 006, 12 de mayo de 1992; Sala 2a. de Revisión. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

224. Corte Constitucional; Sentencia *op. cit. supra*.

La Corte Constitucional no agota sus interpretaciones sobre el alcance de la supremacía constitucional en los términos expuestos. Va mucho más allá. Rompe el contexto eminentemente normativo de la Constitución y proclama la existencia de conceptos y principios inspiradores que también deben ser respetados por las normas inferiores. Adiferencia de las interpretaciones constitucionales de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la Constitución Política de 1886, la Corte Constitucional, encuentra que la Constitución es un todo armónico, en cada uno de sus aspectos y partes integrantes. En este sentido, le otorga al preámbulo un importante valor jurídico, que con anterioridad se le desconocía. Incluso, sostiene la tesis de la posibilidad, de que con la acción u omisión de las autoridades, se violen algunos de los postulados en él establecidos.

En providencia de 1992, se delineó en los siguientes términos este concepto amplificador de la constitucionalidad formal a una constitucionalidad real: "...el Procurador General de la nación, sostiene que, efectuar semejante cotejo resulta improcedente... basado en la idea de que el preámbulo de la Constitución, no es una norma jurídica, ni un conjunto de normas de ese género, sino también la expresión de principios y valores, que la comunidad profesa en una determinada etapa de su vida socio-cultural, razón por la cual siendo el de inconstitucionalidad un proceso en el que se comparan disposiciones de grado inferior con normas de superior jerarquía, mal puede determinar la constitucionalidad de un precepto legal, por comparación con un principio, o valor de género diverso. Esta Corte, por el contrario, estima indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual, el derecho no se agota en las normas, y, por ende, el constitucional no está circunscrito al limitado campo de los Arts. que integran una Carta política. El preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá del mandato específico, fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y trasciende la pura literalidad de sus artículos. El preámbulo da sentido a preceptos constitucionales y le señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción;

el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no puede contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan... juzga la Corte Constitucional que el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel-, que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios..."²²⁵.

El Derecho Positivo nacional, de tiempo atrás, ha incorporado el fenómeno de la inconstitucionalidad dentro de las causales de nulidad, de los actos administrativos. La derogada Ley 167 de 1941 -anterior Código Contencioso Administrativo- señalaba en su artículo 62 que podían ser acusados ante el Consejo de Estado y tribunales administrativos los actos administrativos no sólo por motivos de ilegalidad, sino también de "constitucionalidad". Por su parte, el Decreto 01 de 1984 -actual Código Contencioso Administrativo-, al referirse a esta causal de invalidez de los actos administrativos, la determina, no expresamente con el término de "constitucionalidad", sino dentro del concepto de "normas a que debían estar sujetos" los actos y han sido infringidas (artículo 84).

Analizando con detenimiento los argumentos teóricos expuestos sobre los vicios de inconstitucionalidad, los podemos clasificar en dos grandes grupos: Vicios afectantes de los contenidos sustanciales de la Constitución, esto es, que atacan su parte dogmática, principios rectores e inspiradores preámbulo e incluso derechos fundamentales; y vicios directamente relacionados con la parte meramente atributiva de competencias constitucionales²²⁶.

225. Corte Constitucional; Sentencia C-479; Agosto 13 de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero.

226. Cfr., Brewer Carías, Allan R. "El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos"; *Colección Estudios Jurídicos*; Núm. 16; Editorial Jurídica Venezolana, p. 164;

Vicios constitucionales sustanciales

Esta primera modalidad de vicios hace relación, con aquellas normas de naturaleza positiva que pueden generar constitucionalmente derechos subjetivos u obligaciones para los asociados; especialmente -aunque no de manera exclusiva- a las contenidas en los apartes constitucionales sobre derechos fundamentales y el propio preámbulo constitucional en los términos que hemos transcrito de la Corte Constitucional, esto es, en la medida que constituye la base sobre la cual se han construido los diferentes conceptos fundamentales en la Carta Constitucional. En este sentido los derechos fundamentales, dentro de los criterios de nuestra Corte Constitucional, son parte integrante de esta modalidad de normas positivas, sustanciales, así tengan expresa consagración en el texto constitucional, o en cualquier otro ordenamiento que por vía constitucional implique el reconocimiento de tales derechos.

De igual forma hacen parte integrante del esquema sustancial de la Constitución todas aquellas obligaciones de las autoridades, en ejercicio de la normatividad sobre las finalidades del Estado preceptuadas en el artículo 2 de la Constitución Política. En consecuencia, sería inexequible cualquier acto de naturaleza administrativa, mediante el cual la autoridad respectiva desconociera las funciones para las cuales fue instituida, y en tal virtud proferiera decisiones desprotegiendo en cualquier forma o magnitud a un residente en Colombia.

Conforme a la norma comentada, esta desprotección puede emanar de decisiones que impliquen desconocimiento de la vida de quienes residen en nuestro país, de donde concluimos que aquellos actos que pongan en peligro la vida o la integridad física, tanto de un residente como de todos los asociados, o se le niegue, o no se le facilite la protección proporcional al peligro que pueda poner en juego la vida del residente o asociados, es abiertamente inconstitucional. En igual sentido, y por similares razones, las autoridades deben respetar y proteger la honra y los bienes de quienes habiten nuestro territorio. En general, si se observa el contenido de una norma fundamental, como

lo puede ser en su contexto la Constitución política de un Estado, se encontrarán infinidad de posibilidades de estructuración de vicios, que provocados en los procesos de formación de los actos administrativos, pueden afectar el normal funcionamiento del régimen constitucional.

Vicios constitucionales adjetivos

La Constitución política no sólo se conforma de normas de carácter sustancial; otorga precisas competencias a las autoridades por ella instituidas; distribuye funciones entre los órganos creados, procurando que el ejercicio del poder se realice en forma coherente y ordenada. En este sentido una segunda modalidad de vicios, respecto de la Constitución, parte del supuesto de una repartición de funciones, que evite la concentración de poder. Este fenómeno de la competencia repercute, indudablemente, en la naturaleza misma del Estado, y de su responsabilidad para con los individuos.

Dentro de esta perspectiva, en donde respetando la distribución de competencias se respeta al individuo, encontramos que se pueden presentar dos particulares fenómenos, que de manera general los podemos considerar como típicos ejemplos de configuración, de incompetencia constitucional; primero, el materializado en los casos del ejercicio de funciones de un poder, por parte de otro -ejemplo: en el caso del Poder Ejecutivo, cuando asume funciones de otro poder-, y segundo, aquellas situaciones de facto, en donde se pretende ejercer actividades administrativas, desconociendo los marcos institucionales. En el primer caso estamos frente a un típico ejemplo de usurpación de funciones, y en el segundo, ante una clara usurpación de poder.

Usurpación de funciones

Tratándose de la usurpación de funciones, que de por sí es una intromisión grosera de un órgano u autoridad respecto de las competencias de las otras, encontramos que su fuente constitucional, está regulada en el Art. 113, según el cual los poderes públicos deberán ejercerse de manera separada.

Casos específicos de esta modalidad de incompetencia constitucional, se darían en los eventos en que el Ejecutivo nacional, con claro desconocimiento de las expresas potestades que le son asignadas por la Constitución política como suprema autoridad administrativa, lo mismo que violando sus expresas facultades constitucionales respecto del Congreso o de la administración de justicia y las demás específicamente señaladas en la Carta fundamental, profiere entre otros, actos tales como: nombrar contralor general de la República; o por ejemplo, determinar los casos particulares de incompatibilidades de funciones, responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva, calidades y condiciones necesarias para el desempeño de ciertos empleos, las condiciones de ascenso y de jubilación, la serie o clases de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión de jubilación del tesoro público, los cuales corresponde regularlos la ley; realizar cualquiera de los actos que están atribuidos al Congreso para que los ejerce por medio de leyes, nombrar procurador general de la República.

Por lo que respecta a la usurpación de funciones por ejercicio de funciones correspondiente a funcionarios del mismo Poder Ejecutivo, debemos aclarar que dicha intromisión se presenta, desde el punto de vista de la incompetencia constitucional, en los eventos en que dichos funcionarios violen funciones consagradas en las normas constitucionales; ejemplos los encontraríamos en los casos en que el gobierno nacional profiera actos que constitucionalmente le corresponden a los gobernadores, alcaldes, asambleas departamentales o a los concejos distrital y municipales, y, al contrario, cuando los actos provengan de estos organismos violando competencias constitucionales.

Usurpación de autoridad o poder

La segunda hipótesis de vicio por acto violatorio de la competencia constitucional, se presenta en los casos denominados por la doctrina: como de usurpación de autoridad o de poder, y que, en nuestro concepto, no son más que casos de asalto al poder. Se caracteriza esta modalidad, por el ejercicio efectivo de funciones administrativas -

evidentemente también de otras funciones; para el caso nos interesan las administrativas-, por parte de individuos o grupos que actúan en abierta "lucha" contra el régimen político social y económico existente y que, por razón de la contienda, tienen oportunidad de realizar temporalmente actuaciones de naturaleza administrativa sobre personas o conglomerados bajo el pretexto de ser detentadores del poder.

La característica fundamental de este tipo de usurpación es la de su temporabilidad; elemento que le da trascendencia en el ámbito del derecho administrativo. Es decir, la no consolidación definitiva de la situación de facto, por el consecuente restablecimiento del orden institucional vigente en el momento del asalto, constituye el factor primordial para que enfrentemos, desde la óptica administrativa, el problema de la usurpación de autoridad, en caso contrario y desde la perspectiva administrativista estaríamos enfrentados a la consolidación de un nuevo régimen, constitucional.

En estos casos, el orden político reinante no puede más que desconocer los actos realizados -a pesar de que tuvieron existencia-; ignorar que existieron, negarles cualquier fundamento de validez y, aun más, de eficacia. Nos enfrentamos, consecuentemente, desde la óptica política, con un acto inexistente; desde la óptica jurídica, con un acto nulo, válido y eficaz en su oportunidad para la legalidad propia de los usurpadores; desconocido por el régimen constitucional triunfador, viciado por la incompetencia constitucional, generada en el desconocimiento de la autoridad constitucionalmente instituida.

El profesor Brewer Carías, explicando el punto de vista que al respecto tiene el derecho positivo de su país sobre el problema (artículo 119 de la Constitución política venezolana), sostiene precisamente que la usurpación de este tipo: "se produce cuando una persona sin investidura, asume una función pública y realiza actividades administrativas. Según la Constitución... 'toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos nulos' "227.

227. Cfr., Brewer Carías, Allan R. *Op. cit.*, *supra* nota 126, p. 100.

La doctrina, por el contrario, prefiere asumir -desde el punto de vista de los efectos- la tesis que expusimos desde el contexto político, es decir, la tesis de la no existencia del acto administrativo proferido por el usurpador ²²⁸. En nuestra opinión, políticamente, es la postura razonable; pero jurídica y judicialmente, la existencia del acto no se pone en duda -precisamente por eso hablamos de vicio por incompetencia constitucional del acto-; lo que se pone en duda es su validez.

3. VICIOS POR VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Problema de gran importancia y complejidad lo constituye, tanto en el ámbito de la teoría general del derecho como en el ordenamiento administrativo, el manejo de los conceptos, de lo que es y debe entenderse por principios generales del derecho.

Tradicionalmente, se han distinguido tres claras tendencias filosófico-jurídicas explicativas de la naturaleza de los principios generales del derecho: la iusnaturalista, la positivista y la ecléctica. De acuerdo con la primera de ellas, los principios generales del derecho constituyen las verdades jurídicas universales emanadas de la recta razón, aquellos principios inspiradores, desde un marco de referencia superior, del derecho positivo. Constituye, según sus exponentes, los verdaderos axiomas que estructuran un derecho superior al legislado. Son, en palabras de De Castro: "todo el conjunto normativo no formulado, o sea, aquel impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de Ley o costumbre... Las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación..."²²⁹.

228. Vedel, Georges. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 491; Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, p. 85; Argañás, Manuel J. *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1955, p. 423; para quien ni siquiera puede llevarse estos actos a conocimiento de los tribunales contenciosos-administrativos; Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota 20: "En épocas de anormalidad institucional producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etcétera. En tales casos es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno...", si son desconocedores del régimen que no ejercen verdaderas funciones públicas, son usurpadores "... cuyos actos no tendrían validez alguna..."

229. De Castro, Derecho civil de España, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 419.

Para los positivistas, igualmente, los principios generales del derecho constituyen la base inspiradora del derecho positivo; pero, al contrario de los seguidores de las tesis iusnaturalistas, estos principios se deducen de la “abstracción o generalización” que se debe hacer a partir de preceptos concretos del ordenamiento.

La teoría intermedia admite la existencia de los principios generales del derecho y su naturaleza fundamentadora del ordenamiento positivo; sin embargo, no admiten la posibilidad que puedan entrar en conflicto con las normas legales²³⁰. Entre nosotros, esta tesis fue empleada, por ejemplo, para rechazar la posibilidad de que el preámbulo de la Constitución, tuviere algún valor jurídico.

Los principios generales, son la base inspiradora del ordenamiento positivo, constituyendo, con su aplicación, fuente indubitable de derecho positivo. De aquí que su deducción deba realizarse mediante un proceso lógico de análisis, abstracción y de una generalización sistemática del ordenamiento. El principio que sirvió de inspirador al legislador hay que deducirlo del contexto del ordenamiento, mediante la decantación de la norma positiva.

A los principios generales del derecho, rectores del ordenamiento y deducibles del derecho positivo aplicable al contexto administrativo, podemos localizarlos, a manera de ejemplo, en el preámbulo de la Constitución, en las razones inspiradoras de los derechos fundamentales, en las finalidades del Estado; en el mismo concepto de estado de derecho. Ahora bien, de manera específica, están en las normas que determinan la igualdad de las partes ante la ley, el debido proceso, en el juez natural, etc. Desde la perspectiva legal podemos considerar que son principios generales del derecho: el carácter público de la acción disciplinaria (artículo 2, Ley 13 de 1984), el derecho de defensa y contradicción de los funcionarios públicos investigados disciplinariamente (artículo 12 de la Ley 13 de 1984).

230. Cfr., Movila Alvarez, Claudio. “Presupuestos políticos de la jurisdicción contenciosa administrativa”, en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, Segovia, núm. 43, enero-abril de 1976, pp. 31-33. Defiende este autor la concepción iusnaturalista, pretendiendo en ciertos instantes de su excelente estudio negar el evidente akance supremo del orden positivo.

Precisamente, en atención a la concepción que expusimos sobre la naturaleza de los principios generales del derecho, es que se le tiene instituida como una fuente supletoria y subsidiaria de la legislación. De no ser por su carácter de fundamentadora, no se podría acudir a ella para llenar los defectos del orden positivo. En Colombia, mediante la Ley 153 de 1887, se dispuso (artículo 8) que a falta de norma aplicable exactamente al caso controvertido, “se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la Doctrina Constitucional y las Reglas Generales del Derecho”.

Siendo, por tanto, los principios generales del derecho -los que sirvieron de base al derecho positivo- elementos vivos referibles al ordenamiento, cualquier contradicción o violentación de su contenido debe ser naturalísticamente tenida como del mismo ordenamiento. Tratándose de actos administrativos, como señala Duque Pérez, deben “conformarse con esos principios, y ser su violación causal de nulidad...”²³¹. Esta forma de violación -por su íntima relación con el derecho positivo- se encuadra como violación de la ley. Precisamente al estudiar el bloque de la legalidad, incorporábamos los principios generales, como elementos fundamentales de dicho concepto, no sólo en razón de su aceptación, por la vía del derecho positivo, sino también jurisprudencial.

4. VICIOS POR VIOLACION DE LA LEGALIDAD FORMAL

Cuando nos referimos a la legalidad formal, lo hacemos encuadrando todo el ordenamiento positivo, diferente a la Constitución política. Doctrinariamente, este tipo de violación es conocido como violación a normas “a las que debía estar sujeto el acto” o, más propiamente, “violación a disposiciones jerárquicamente superiores”. Precisamente, la causal se configura por la no adecuación del acto administrativo a normas superiores a las que debía respeto y acatamiento en la medida que éstas le imponen al acto su objeto y finalidad.

231. Cfr., Duque Pérez, Jairo. *Op. cit.*, p. 137.

Doctrinariamente se han planteado diferentes hipótesis de violación de la ley que operativamente podemos agrupar de la siguiente manera:

- Violación directa de la ley: Caso en el cual la autoridad administrativa se aparta en todo o en parte de la norma superior que rige el acto. Situación que se hace evidente y palpable ante el mero estudio comparativo. Sucede este tipo de violación por exceso o no aplicación de los preceptos superiores.
- Violación de los procedimientos y formalidades contenidos en la ley: Al expedirse el acto, el funcionario violenta los cauces previamente señalados e incumple con otras formas establecidas en las normas superiores a las que debe obedecimiento.
- Violación de las competencias: Los funcionarios, fundamentalmente, deben realizar lo que expresamente le es indicado por las normas superiores a las que se encuentran sujetos; violación que puede ocurrir por acción, o por omisión, ante el desconocimiento de las normas reguladoras de la competencia.
- Violación por error de hecho o derecho: El funcionario, en estos casos, realiza una interpretación errada de los hechos que fundamentan su actuación o de las normas legales respecto de su existencia, alcance y aplicabilidad.

El concepto de violación de la ley constituye un término genérico -que da cabida a la mayoría de las situaciones contempladas como vicios en la presente obra-, razón por la cual, con la expresión "violación de la legalidad formal", indiquemos todas aquellas situaciones diferentes a las que legal o doctrinariamente tengan caracterización propia, y que estén concretamente contenidas en actos administrativos contrarios a normas jurídicas de naturaleza superior.

CAPITULO DECIMOPRIMERO
VICIOS DE LOS ELEMENTOS EXTERNOS
DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Generalidades	291
2. Vicios por incompetencia del sujeto activo	292
- Incompetencia <i>ratione materiae</i>	293
- Incompetencia <i>ratione loci</i> o territorial	294
- Incompetencia <i>ratione temporis</i>	296
- Incompetencia en razón del grado de horizontalidad	296
- Incompetencia en razón del grado de verticalidad	297
- Competencia de los funcionarios del hecho	298
3. Vicios de la voluntad del sujeto activo	300
- Teoría del error en la voluntad administrativa	301
- Error de hecho	302
- Error en la persona	303
- Error en la naturaleza del acto	304
- Error sobre el objeto del acto	305
- Error sobre los motivos del acto	305
- Error en la sustancia	305
- Error de derecho	306
- La fuerza como vicio de la voluntad administrativa	308
- Elementos de la fuerza	311
- Metus atrox	311
- <i>Contra bona mores</i>	312
- <i>Metus praesens</i>	313
- Tipos de fuerza	313
- El dolo como vicio de la voluntad administrativa	314
- Teoría objetiva de la influencia externa sobre la administración	314
- Teoría subjetiva de la formación interna del dolo en la voluntad del sujeto actor de la administración	315
4. Vicios de forma o de procedimiento del acto administrativo	316
5. Vicios por desconocimiento del debido proceso. Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa	319

CAPITULO DECIMOPRIMERO

VICIOS DE LOS ELEMENTOS EXTERNOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO ²³²

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Vicios por incompetencia del sujeto activo. Incompetencia *ratione materiae*. Incompetencia *ratione loci* o territorial. Incompetencia *ratione temporis*. Incompetencia en razón del grado de horizontalidad. Incompetencia en razón del grado de verticalidad. Competencia de los funcionarios del hecho. 3. Vicios de la voluntad del sujeto activo. Teoría del error en la voluntad administrativa. Error de hecho. Error de derecho. La fuerza como vicio de la voluntad administrativa. Elementos de la fuerza. *Metus atrox*. *Contra bona mores*. *Metus praesens*. El dolo como vicio de la voluntad administrativa. Teoría objetiva de la influencia externa sobre la administración. Teoría subjetiva de la formación interna del dolo en la voluntad del sujeto actor de la administración. 4 Vicios de la forma o de procedimiento del acto administrativo. 5. Vicios por desconocimiento del debido proceso. Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

1. GENERALIDADES

Trataremos en el presente capítulo los vicios afectantes del acto administrativo en sus elementos externos; éstos son: vicios referentes

232. Vid, Altamira, Pedro Guillermo. *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1971, pp. 357 y ss.; Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 300 y ss.; Younes Moreno, Diego. *Derecho administrativo laboral, función pública*, Bogotá, Editorial Temis, 1985, pp. 100 y ss. Puede consultarse igualmente la bibliografía incluida en el capítulo Décimo de esta obra, la cual consideramos como básica.

al sujeto activo del acto, los cuales se concretan especialmente en su competencia y en su voluntad -vicios por incompetencia del sujeto activo y vicios de la voluntad del sujeto activo-; en segundo lugar, los vicios propiamente de las formas o procedimiento del acto administrativo, y por último, los vicios generados a partir del desconocimiento del debido proceso, en especial la nueva causal de anulación introducida por el Decreto 2304 de 1989 sobre el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

2. VICIOS POR INCOMPETENCIA DEL SUJETO ACTIVO

Tanto la Constitución, la ley o el reglamento, asignan de manera estricta y taxativa las competencias de cada uno de los órganos de la administración pública. Así lo manda nuestra Carta fundamental cuando indica en los artículos 6, 121 y 122 el principio de la legalidad formal que aplicada a la función pública, significa una sujeción estricta y reglada a la competencia constitucional y legal. En este sentido, para que exista una actuación administrativa válida tendiente -como todas las actuaciones de los poderes públicos- al bien común, necesariamente se le debe haber asignado a cada organismo y a cada funcionario su porción del obrar estatal.

No resulta admisible la existencia de servidores públicos que pretendan cumplir con los cometidos estatales de acuerdo con sus propios pareceres o criterios. Las normas superiores deben haber provisto a la totalidad de los organismos y servidores públicos de sus respectivas competencias.

Admitido este principio fundamental y básico del Estado de derecho, no nos queda más que afirmar la necesaria naturaleza presupuesta de la competencia para la actuación de los órganos y de los sujetos administrativos. Razonamiento que nos permite sostener que el vicio de la incompetencia, también conocido como el abuso o exceso de poder²³³, consiste primordialmente en la materialización de cualquiera

233. Se identifica el vicio de la incompetencia con el exceso de poder, en cuanto se considera que este último fenómeno implica la extralimitación de atribuciones y potestades del órgano administrativo. Véase a este respecto, Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31,

de los mecanismos de manifestación de la administración, sin la observancia de las reglas estrictas de competencia positivizadas en las normas superiores²³⁴.

La situación anterior engendra, indudablemente, lo que con razón denomina Vedel: la "ineptitud del agente" administrativo, es decir, su imposibilidad de lograr actuaciones administrativas válidas²³⁵.

En el derecho positivo colombiano, a diferencia de otros ordenamientos, no se hacen gradaciones respecto de los efectos de la incompetencia. Entre nosotros, la incompetencia es una sola y produce un solo efecto: la nulidad del acto. No obstante, en razón a los eventos en que se estructura, la podemos clasificar en las siguientes clases: en cuanto a la materia; el territorio; el tiempo; el grado de horizontalidad; el grado de verticalidad; por usurpación de poder; por la presencia de funcionarios de hecho. La anterior clasificación no es excluyente, por lo que la existencia de un vicio cualquiera puede ser adecuada a varias de las modalidades indicadas²³⁶.

Incompetencia *ratione materiae*

Se caracteriza esta incompetencia en razón a que se concreta sobre la materia u objeto específico del acto (en este sentido, Forsthoff se pronuncia por vicios de la competencia objetiva)²³⁷. Esto es, sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de

p. 85. No obstante, Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 432, limita su alcance a aquellos casos en que el "órgano administrativo actúa ejerciendo potestades de que carece y que tampoco tiene ningún otro órgano de la administración... el órgano sobrepasa los límites de su competencia sin invadir competencia ajena...". En nuestro concepto, el llamado exceso o abuso de poder, es un término genérico con el que fácilmente se puede identificar a cualquiera de los vicios invalidantes del acto administrativo, no sólo el vicio de incompetencia.

234. Fiorini, Bartolomé, A. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, tomo I, Abeledo, Perrot, 1976, p. 494; con razón indica este autor que: "... el vicio de incompetencia es violación normativa exclusivamente...".

235. Cfr., Vedel, Georges. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 490.

236. Altamira, Pedro Guillermo. *Op. cit.*, *supra* nota 232, p. 357 y ss.

237. Forsthoff, Ernst. *Op. cit.*, pp. 318 y 320.

la administración. Constituye la regla general en materia de incompetencia; puede decirse que, en su mayoría, las otras modalidades de incompetencia, son especificidades suyas.

En sentido estricto, podemos identificar la incompetencia en razón de la materia, comprobando "si el acto considerado está incluido en la lista de las decisiones permitidas al órgano administrativo"²³⁸.

Esta incompetencia puede depender de las siguientes circunstancias:

- El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de competencias que carecen;
- El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de competencias inexistentes para cualquiera de los órganos de la administración, y
- Exceso en las competencias delegadas.

Incompetencia *ratione loci* o territorial

Como su nombre lo indica, es el ejercicio de competencias con violación de las circunscripciones territoriales o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario de la administración pública; puede depender de las siguientes circunstancias:

- Por proferirse actos, por una autoridad administrativa, para que surtan efectos en el espacio territorial de otra; como lo indica Escola, en estas oportunidades el "órgano pretende ampliar su ámbito de acción dictando actos que sean aplicables o produzcan sus efectos naturales fuera de los límites territoriales que tienen señalados..."²³⁹.
- Por proferirse, por una autoridad administrativa, decisiones por fuera de las demarcaciones geográficas de la entidad a que pertenece; se configura el vicio porque, a no dudarlo, la capacidad o competencia orgánica va unida indisolublemente a la jurisdicción territorial²⁴⁰. En

238. Cfr., Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 349.

239. Cfr., Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, p. 84.

240. Cfr., Forsthoff, Ernst. *Op. cit.*, p. 318.

ambas oportunidades, como lo indica la doctrina tradicionalmente, se configura una usurpación interorgánica entre entidades de un mismo rango (ejemplo: entre municipios, entre departamentos).

En derecho colombiano, se podría presentar este tipo de vicios entre organismos con un marco territorial definido para el ejercicio de sus atribuciones. Entre otros encontramos los pertenecientes a la llamada descentralización territorial a los que la ley ha otorgado un ámbito de actuación específico.

Debemos, para efecto de una mayor claridad, a propósito de este ejemplo, diferenciar en esta oportunidad los fenómenos de la desconcentración y de la descentralización, admitidos constitucionalmente en el Art. 209, pues con el primero de ellos se estructuran algunas situaciones de excepción que no pueden considerarse como vicios por incompetencia territorial. De acuerdo con la primera de dichas instituciones, encontramos algunas actividades realizadas en el territorio de las entidades territoriales, a nombre de la nación, sin que se presente irregularidad alguna en razón a que la desconcentración es otra de las modalidades del ejercicio de competencias administrativas. Este evento se daría principalmente por vía de la delegación.

La nación, de manera general, tiene jurisdicción (en consecuencia, ejerce competencias) en todo el territorio de la República. Las entidades territoriales, por el contrario, las que les corresponden, las deben ejercer de manera restrictiva al interior de sus territorios, sin posibilidad de que sus competencias desborden sus marcos fronterizos y se ejerzan desconcentradamente en otras jurisdicciones.

Sucede lo anterior por la forma concreta y específica en que la Constitución y la ley han limitado los ámbitos territoriales de las entidades con la concreta finalidad de que sólo en este territorio sean desarrolladas sus competencias y en razón al carácter eminentemente jeraquizado, en consecuencia, de absoluto respeto de la legalidad con que actúa la desconcentración; impidiendo esta característica que la administración de las entidades puedan ampliar a *motu proprio* sus esferas de acción.

Incompetencia *ratione temporis*

Se presenta en los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario deben ser ejercidas bajo condición temporal. Estaremos frente a una incompetencia de esta clase, cuando dichas competencias son ejercidas en las siguientes oportunidades: Antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión.

Casos concretos del ejercicio de competencia bajo condición temporal los encontramos en las estipulaciones que, sobre administración departamental y municipal, consagra la Constitución política y sus respectivos desarrollos legales. En especial, en lo que tiene que ver con el ejercicio de precisas funciones que de manera temporal le son otorgadas por Asambleas y Concejos a los gobernadores y alcaldes respectivamente.

Estas funciones corresponde ejercitarlas en el período de tiempo *-pro-tempore-* que el mismo acto que las confiere determina; de no ser así, el acto que se expida estaría incurso en la causal que nos ocupa.

Incompetencia en razón del grado de horizontalidad

En estos casos se configura el vicio en razón de la violación, por parte de la administración, de la independencia funcional de que gozan los poderes Legislativo y Judicial. Como lo expusimos a propósito de los vicios por violación de la Constitución, estamos ante evidentes usurpaciones funcionales pero vía por desconocimiento de competencias legales. El órgano administrativo en estos casos, invade el ámbito de acción de algunas de las ramas del poder público; ejemplo de ello lo encontramos en los casos en que el Ejecutivo resuelve destituir al secretario general de la Cámara de Representantes o del Senado de la República, o cuando mediante decreto designa al contralor o procurador general de la nación, funciones éstas claramente asignadas a las respectivas cámaras del Congreso Nacional; o cuando

el Ejecutivo, sin las facultades de que trata el numeral 10 del artículo 150, de la Constitución Política, resuelve legislar en los asuntos que de manera general corresponden al Congreso Nacional.

Igual situación se presenta frente al Poder Judicial; serían nulos aquellos actos de la administración pública que se arroguen competencias tanto administrativas como jurisdiccionales de esta rama del poder público. No puede el Ejecutivo, por ejemplo, nombrar o destituir jueces o magistrados, designar dignatarios de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado o, dado el caso, administrar justicia porque ésta es competencia del poder judicial.

Estos vicios de incompetencia, en razón de la horizontalidad, pueden darse asimismo al interior de la administración pública, en aquellos casos en que uno de sus órganos invada las funciones administrativas de otro; por ejemplo, cuando el ministro de Hacienda profiere un acto administrativo de los que corresponde dictar al ministro de la Defensa Nacional; o cuando el superintendente de sociedades ejerce funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Lo característico de este tipo de anormalidades de la competencia, es que se da entre organismos a los que no los liga de ninguna manera un grado de jerarquía; actúan en la administración pública nacional de manera paralela, o corresponden a diversas ramas del poder público.

Incompetencia en razón del grado de verticalidad

Al contrario de lo anterior, en este tipo de incompetencia existe algún grado de jerarquización entre los organismos y entre los sujetos de la administración pública en los cuales se presenta la usurpación funcional. Al introducirnos en el presente acápite de la incompetencia, fuimos claros al señalar el carácter de normas de derecho público -en consecuencia inmutables por parte de la administración-, que tienen aquellas normas que determinan las competencias administrativas.

La competencia no puede ser modificada sino por quien la ha instituido. Consecuentes con este planteamiento, bástenos indicar que el grado

de jerarquía existente entre funcionarios administrativos o entre organismos de la administración pública, no los faculta para variar la competencia establecida por normas superiores. El superior jerárquico, salvo excepciones contempladas en la ley o reglamento que determine la competencia, no podrá asumir las que correspondan a su inferior, mucho menos el inferior atribuirse las de su superior.

Ejemplo típico a nivel nacional lo encontramos en aquellas hipótesis en que el presidente de la República resuelve nombrar o destituir alcaldes municipales, función que ejercen los gobernadores de departamento. A nivel interno, por ejemplo, en aquellas eventualidades en que un jefe de sección o un director administrativo resuelve ejercer las funciones otorgadas por el reglamento o la ley al jefe de Personal o Director de Vigilancia.

Competencia de los funcionarios del hecho

Se trata de una interesante excepción a la teoría de la incompetencia. En nuestro medio, el funcionario de hecho, es un servidor público que no genera, respecto de los actos que produzca, vicio alguno en razón de las deficiencias con que ejerce el cargo. Se presenta en los casos de existir un funcionario público, el cual aparentemente ejerce las funciones públicas que le corresponde como si fuese un verdadero funcionario, creando tal impresión al conglomerado social, no obstante existir en sus condiciones o procedimientos de designación graves violaciones de la ley²⁴¹. Al respecto la doctrina indica lo siguiente:

... la situación jurídica de titular de atribuciones del Estado solamente se adquiere por el individuo investido de un cargo público en los términos que las leyes determinan... el costo de nombramiento o de elección del funcionario o empleado público, condicionará para éste la atribución en la situación jurídica referida y la posibilidad legal de asumir todas las facultades y obligaciones del cargo para el cual ha sido investido...²⁴².

241. Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 300. "Se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario..."; Fraga, Gabino. *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 158.

242. *Ibídem*.

En este sentido, nuestra legislación ha establecido una serie de requerimientos para tener acceso a los cargos públicos, los cuales deben ser cumplidos en su integridad tanto por los aspirantes como por las autoridades nominadoras. Los requerimientos se pueden resumir en los siguientes: calidades genéricas, calidades específicas para el acceso a la administración pública, inhabilidades, incompatibilidades e inelegibilidades y mecanismos constitucionales y legales de provisión de empleos. De por sí se busca, con el cumplimiento de estos requisitos, no sólo la seguridad jurídica propia de toda sociedad organizada, sino también eficiencia e idoneidad en el desempeño de todas aquellas funciones que pretenden el bien común de la sociedad. Sin el lleno de estos presupuestos en los términos que indica la norma sobre la función pública no se puede proveer un cargo. De hacerse, se configuraría el fenómeno del funcionario de hecho. En igual sentido, se sostiene la existencia de un servidor público de estas características en todos los casos en que se ejerza un empleo sin el lleno del cumplimiento de los requisitos constitucionales o legales.

Es, pues, en este contexto, que los funcionarios públicos adquieren su condición de tales. No se podrán considerar como "funcionarios legítimos o *de jure* los individuos que hayan ingresado a dichos cargos sin sujetarse a las leyes respectivas"²⁴³.

En consecuencia la teoría del llamado funcionario de hecho se refiere exclusivamente, *ab initio*, al modo de ingreso a la función pública; *a posteriori*, a los efectos de sus actos en el mundo jurídico.

Es precisamente en este campo donde surte efectos evidentes el planteamiento hecho; de manera general pudiéramos decir que si el acto ha provenido de un funcionario incompetente, estaría totalmente viciado de nulidad por esta circunstancia. No obstante, la doctrina tradicionalmente ha considerado que no siempre la actividad desarrollada por este tipo de funcionarios podrá considerarse violatoria de la legalidad. Efectivamente, se ha considerado, y en este sentido compartimos ampliamente el planteamiento, que los actos proferidos

243. Cfr. Fraga, Gabino. *Op. cit.*, p. 158.

por los funcionarios de hecho en cuanto a sus efectos frente a terceros, no se tendrán como irregulares, en cuanto la “investidura plausible” del sujeto que detenta el cargo público hace que amerite la credibilidad de los asociados sobre su validez.

La apariencia de legalidad con que un funcionario de esta clase ejerce un cargo previamente establecido, sumada a la presunción de legalidad que el común de la gente encuentra en las actuaciones de la administración pública, hace que los errores de ésta no se trasladen como cargas generales que la comunidad deba soportar. En el caso de regímenes institucionales normales, anota Sayaguez Laso, “... el fundamento esencial radica en el interés de la administración de que los particulares, sin averiguaciones previas, admiten como regularmente investidos a los funcionarios y por lo tanto capacitados para realizar válidamente los actos propios de sus funciones...”²⁴⁴.

Debemos agregar que las razones de conveniencia, para la necesaria conservación de la credibilidad institucional y certeza jurídica las cuales el Estado debe procurar frente a los particulares, hacen inevitable que las actuaciones de los funcionarios de hecho constituyan importante excepción, en cuanto a la configuración de vicios por incompetencia.

Entre nosotros, la doctrina está acorde con los anteriores razonamientos. El profesor Betancur Jaramillo indica, precisamente, que en determinadas eventualidades, “... La teoría del funcionario de hecho... permite que sus actos puedan ser asimilados a los expedidos por agentes legalmente investidos de autoridad...”²⁴⁵.

3. VICIOS DE LA VOLUNTAD DEL SUJETO ACTIVO

Los elementos causales de las irregularidades en la voluntad administrativa no son autónomos desde el punto de vista de las causales de nulidad; la teoría general del derecho nos proporciona sus características, pero en el análisis especial del acto, se deben predicar adecuándolos a las causales de nulidad.

244. Cfr., Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, pp. 303 y 304.

245. Betancur Jaramillo, Carlos. *Op. cit.*, *supra* nota 80, p. 144.

Los conocidos como vicios de la voluntad administrativa se encuentran en inmediata relación con el proceso subjetivo de formación del acto administrativo, por lo que su formación se remonta a las fases internas o externas que son propias de este proceso. En cualquiera de ellas, las causas determinantes del vicio pueden dar lugar a su configuración, la cual se mantendrá hasta que sea declarada su nulidad mediante el ejercicio de las acciones respectivas. El anterior planteamiento no implica que estemos desarrollando en manera alguna la tesis que diferencia entre vicios externos u objetivos e internos o subjetivos del acto; pretendemos, tan solo, sistematizar ambas corrientes, en la medida que aceptamos que las causas de los vicios se configuran en las diversas etapas de la formación de la voluntad, remitiendo los posibles vicios externos de la voluntad a las irregularidades en estricto sentido, procedimentales o formales del acto²⁴⁶.

En consideración a lo anterior, son tres los tipos de causas generantes de los vicios de la voluntad del sujeto activo: el error, la fuerza y el dolo. Estudiaremos cada uno por separado.

Teoría del error en la voluntad administrativa

Sobra advertir que nos referiremos a la teoría del error, respecto de actos de naturaleza unilateral administrativa, estructurados en torno a los procedimientos señalados en la ley para la formación de la voluntad en los órganos administrativos. Desde esta perspectiva, y acudiendo a las directrices doctrinales, podemos indicar que el concepto de error se refiere a la no conformidad entre el fuero o voluntad interna del órgano administrativo y los elementos del

246. Altamira, Pedro Guillermo. *Op. cit.*, *supra* nota 232, pp. 361-363. Los vicios de la voluntad según este autor, desde un punto de vista objetivo, pueden configurarse en los siguientes grupos: vicios en el origen de la voluntad; vicios en la preparación de la voluntad; vicios en la formación de la voluntad. Subjetivamente los clasifica en: desviación de poder, arbitrariedad, error, dolo, violencia, fraude; igual diferenciación hace Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, pp. 85 y ss., quien en primer lugar divide los vicios en externos, grupo dentro del cual ubica los siguientes: los que afectan la preparación de la voluntad administrativa; los que afectan la integración de la voluntad administrativa. En segundo lugar, los divide en internos, en los que se comprenden: el error, el dolo, la violencia.

mundo exterior que le sirvieron de fundamento para la formación de sus criterios; esta discrepancia se proyecta indubitadamente al conglomerado jurídico con su exteriorización²⁴⁷.

Observamos en consecuencia, tres esferas perfectamente determinadas en el concepto de error: La primera se instituye en el interior de la psiquis del órgano administrativo; consiste primordialmente en la concepción que se forma el sujeto sobre una realidad del conglomerado socio-jurídico. La segunda corresponde a la cantidad de elementos del mundo exterior que condicionan la formación de la voluntad administrativa. Por último, la tercera corresponde al plano exterior de la administración: el mundo jurídico en donde se proyecta la inconformidad entre la realidad fáctica y las concepciones del órgano correspondiente.

El error no se puede identificar con la ignorancia de la administración. Mientras el primero corresponde a una idea falseada de la realidad, deducida por la administración, conforme al estudio de algunos elementos que posee, la segunda corresponde a una categoría de falta o carencia absoluta de conocimiento sobre una determinada realidad.

El error podemos clasificarlo en: de hecho y de derecho, cada uno de los cuales admite algunas otras posibilidades.

Error de hecho

Es aquel que depende de la idea que se forma la administración sobre situaciones fácticas, aconteceres, circunstancias, personas, características, cualidades e identidad de las cosas, etcétera. Se

247. La doctrina es prácticamente unánime en este sentido. Veamos algunos conceptos: Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 86: "... La voluntad administrativa se halla viciada, por vía de error, cuando falta la necesaria conformidad entre el concepto formado, respecto de los hechos, condiciones y circunstancias externas al órgano que emitió un acto, y vinculados como antecedentes de éste, y la realidad de dichos hechos, condiciones y circunstancias..."; Gaudemet, Eugene. *Teoría general de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 1984, p. 72; "... puede definirse el error como un desacuerdo entre la declaración de voluntad y la voluntad real..."; Trabucchi, Albert. *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo I, 1967, p. 167: "... Falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto...".

requiere que el grado de error adquiriera magnitud de consideración, lo que denomina la doctrina como “condición de esenciabilidad”, pues no cualquier error puede perturbar la normal marcha del obrar administrativo.

Se considera que existe “condición de esenciabilidad” cuando el error recae directamente sobre uno de los elementos integrantes del acto administrativo -sujetos, objetos, motivos, etcétera-, o sobre cualidades sustanciales requeridas en una determinada actuación. En este punto debemos recordar la consideración que efectuamos al inicio de esta exposición sobre el carácter general del error; se estructura en la formación de la voluntad, pero puede predicarse con propiedad de algunos otros elementos del acto administrativo.

Acorde con lo anterior, la doctrina ha encontrado diversos casos de error de hecho en los actos administrativos que podemos sintetizar de la siguiente manera:

Error en la persona

Se configura este tipo de error en aquellos actos de naturaleza individual subjetiva o concreta, en razón a que en los de efectos generales resulta indiferente el sujeto destinatario de los contenidos del acto. Procede, según lo indica precisamente Alvarez-Gendin, en aquellos actos en que “...la persona sea circunstancia esencial del mismo...”²⁴⁸. Puede darse, en consecuencia, en aquellas oportunidades en que el agente administrativo ha debido actuar en razón de consideraciones concretas; situaciones éstas que la doctrina distingue como *Intuitus Personae*. Los autores, del error sostiene Josserand, “... presentan el *Intuitus Personae*, como la clave del papel desempeñado por el error que recae sobre la persona...: sólo donde exista, el error cometido reviste el valor de un móvil viciado e implica, por tanto, la nulidad...”²⁴⁹. Errores de estas connotaciones se pueden configurar sobre las calidades, el nombre o razón social, identidad, nacionalidad, estado civil de las personas, e incluso sobre su condición física individual.

248. Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 348.

249. Josserand, Louis. *Op. cit.*, *supra* nota 211, p. 56.

Ejemplos típicos de incursión administrativa en este tipo de error, los advertimos en aquellas eventualidades en que se designa a una persona a un cargo público, para el que se requieren determinadas cualidades, con la seguridad de que esta persona las reúne, o cuando se pretende designar, ejecutar o afectar directamente mediante un acto administrativo a una persona, pero se resulta comprometiendo a un tercero.

Error en la naturaleza del acto

Constituye hipótesis extrema. Se configuraría en los casos en que, correspondiendo a la administración proferir un acto de determinadas características, v. gr., reconocimiento de pensión, expide uno radicalmente diferente, como, por ejemplo, designando al particular objeto del reconocimiento de la jubilación a un cargo público. La doctrina, tradicionalmente, ha considerado este tipo de error como excluyente de la voluntad administrativa; es un error tan grave, sostiene Gaudemet, que la voluntad no existe²⁵⁰; constituye un claro ejemplo del denominado error-obstáculo u obstativo, en la medida que hace ostensible una divergencia -consciente o inconsciente- entre la voluntad y su declaración, haciendo de esta última un evidente absurdo.

Considera Betti, como posibles causas de una discrepancia de esta magnitud, la distracción, el descuido o la ignorancia del funcionario público al que corresponda adelantar la actuación²⁵¹. Por último, como el calificativo doctrinal lo indica, este error, que más que eso es un verdadero descuido, determina la presencia de un impidiente u obstáculo para el surgimiento de la verdadera voluntad de la administración pública.

Josserand va mucho más en sus apreciaciones, y considera que un error de estas características "... entraña la inexistencia del acto..." debido a que no solamente corrompe la voluntad, sino que la destruye, "... el acto se reduce a las proporciones de un simple error, se convierte en la nada..."²⁵².

250. Gaudemet, Eugene. *Op. cit.*, p. 73.

251. Betti, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 155.

252. Josserand, Louis. *Op. cit.*, p. 48.

Error sobre el objeto del acto

Existe este tipo de anormalidad en la voluntad de la administración, en aquellos casos en que se materializa el error respecto de la existencia o identidad del objeto. De esta manera, la voluntad exteriorizada pretende surtir sus efectos sobre un objeto que en su proceso de elaboración no identificó plenamente o creyó erradamente en su existencia, resultando, al momento de la ejecución de lo ordenado que, por ejemplo, se esté afectando a un servicio de carácter público, un bien de propiedad privada, u ordenando la reparación locativa de un inmueble público que no existe.

Error sobre los motivos del acto

En estos casos, la administración se equivoca internamente sobre los motivos que la inducen a producir su actuación; por esta razón, fundamenta el acto que ha de exteriorizar, con motivos que no corresponden con la realidad fáctico-jurídica. En estos casos y como lo estudiaremos al hablar de los vicios en los motivos del acto, debemos diferenciar con toda claridad cuándo estamos en presencia de una errada motivación y de una falsa motivación.

Error en la sustancia

Corresponde a una modalidad de error nulidad o error vicio, que se caracteriza primordialmente, como lo señala Pugliatti, "... en una falsa representación que determina al sujeto a querer en un determinado modo; la voluntad existe y corresponde a la declaración... está viciada en su formación..."²⁵³.

En concreto, el error sobre la sustancia se refiere a aquella esencia del objeto que conduce a la administración a proferir un acto administrativo; es decir, a las cualidades indispensables que orientan de manera primordial la voluntad de los órganos públicos, sin las cuales no hubiere sido posible que exteriorizare su querer interno. Ejemplos típicos de esta especie de error los encontramos en los

²⁵³. Cfr., Pugliatti, Salvador. *Introducción al estudio del derecho civil*, México, Editorial Porrúa Hnos., 1943, p. 266.

eventos en que la administración expide una autorización para un determinado espectáculo público que ella cree apto para todos los públicos; pero en la realidad, el espectáculo es de aquellos que ameritan restricciones para su auditorio.

Error de derecho

Es otra de las modalidades de la teoría del error aplicables al acto administrativo, no obstante, las concepciones doctrinarias que pretenden encontrar en razón de sus efectos un solo tipo de error²⁵⁴. Consideramos, por sus especiales características, que el error de derecho merece tratamiento particularizado.

Se caracteriza porque determina una errónea formación de la voluntad, en razón a que la información legal del sujeto actor se encontraba falseada en cuanto a su existencia o interpretación. No es excusable para la administración el desconocimiento del ordenamiento legal al que debe someter sus decisiones; por su misma naturaleza normativa, la administración pública debe conocer y manejar correctamente el ordenamiento positivo.

Dentro de este contexto, consideramos que tratándose de actos administrativos, el error de derecho puede traducirse en cuatro modalidades específicas: Por violación directa del orden positivo; falsa interpretación del orden positivo; errónea interpretación del orden positivo, y violación por aplicación indebida del orden positivo.

En cuanto a la primera, se configura la irregularidad en las eventualidades en que, con conocimiento o sin éste, el órgano administrativo competente para desarrollar la respectiva actividad ejercita la misma como si la norma no existiera. Se produce, en consecuencia, una inaplicación directa de las normas superiores que corresponden, provocando de hecho un vacío que es llenado de manera arbitraria por las autoridades. (Situación intolerable si se

254. Josseland, Louis. *Op. cit.*, pp. 32 y ss.

tiene en cuenta la configuración del principio de legalidad en el Estado de derecho y sus implicaciones frente a la defensa de los derechos generales o subjetivos de los asociados). Se produce, bajo estas circunstancias, no sólo el rompimiento de la legalidad con su consecuente paso a la inestabilidad jurídica, sino también la agresión directa a los particulares que se encuentren comprometidos con el acto así expedido.

Hay error de derecho por falsa interpretación del ordenamiento positivo cuando la administración acude a los preceptos legales aplicables a la situación fáctica correspondiente; pero de manera consciente e interesada, acomodada, amañada o torcida, incursionando abiertamente en los senderos de conductas dolosas, le da a la respectiva norma una interpretación que no corresponde a la realidad. A pesar de conocerse el alcance que debía otorgarle a su decisión, de acuerdo con el contenido del precepto legal, le da uno diferente al que racionalmente se puede desprender de su texto.

La actuación así concluida, en nuestra opinión, es claro ejemplo no de un acto viciado por error, sino, por el contrario, de dolo -no obstante los criterios doctrinales que lo identifican como modalidad del error-. Por lo tanto, será objeto de estudio en el apartado correspondiente a este modo de irregularidad.

Al contrario de la falsa interpretación, el funcionario u órgano se encuentra estimulado a otorgarle a la errónea interpretación un determinado sentido a la normatividad aplicable, en razón a que, de acuerdo con las circunstancias de la actuación, lo mismo que a la poca claridad o amplitud de las leyes éste considera la errónea interpretación como el camino más lógico a seguir en la interpretación de la base legal. No median en estos eventos intereses particulares que puedan inducir a decisiones irregulares; es problema en estricto sentido jurídico el que origina el error.

La última de las posibilidades planteadas es la que se refiere a la aplicación indebida del ordenamiento positivo. Hay violación en estas oportunidades por dos muy corrientes situaciones: Aplicación

de normas derogadas y aplicación de normas que no correspondan al caso concreto. En la primera situación, el funcionario acude a regulaciones legales que han perdido su vigencia por derogatoria, declaratoria de inexecutable o de legalidad, o suspensión provisional; de inmediato, el acto administrativo se torna irregular y potencialmente nulo, susceptible de ser recurrido o demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La segunda situación se configura cuando la decisión administrativa se funda en un complejo normativo improcedente. Las normas invocadas por la administración, regulan aspectos totalmente diferentes a los que tiene por objeto el acto administrativo.

La violación, por indebida aplicación normativa, puede darse, o por desconocimiento, ignorancia o por evidente actuación dolosa o interesada, del sujeto agente de la administración.

La fuerza como vicio de la voluntad administrativa

Constituye el presente tema uno de los más controvertibles en cuanto a su aplicación al ámbito de la voluntad administrativa. La fuerza, violencia, temor intimidación o como quiera llamársele, no ha recibido acogida unánime por parte de la doctrina administrativa. Se sostiene, insistentemente por sus detractores, la imposibilidad de que el Estado o alguno de sus órganos, en especial el administrativo, como portadores de la fuerza y coacción que implica su magnitud y soberanía, puedan ser objeto de presiones violentas que determinen su voluntad.

De configurarse la fuerza sobre la administración, implicaría el quiebre de las estructuras estatales; el resquebrajamiento del poder organizado que representa el Estado moderno²⁵⁵. No obstante, el desarrollo histórico de las relaciones políticas, ha demostrado que la violencia ha sido en muchos casos determinante de decisiones administrativas, algunas veces generales y en otras particulares. Violencia que obtiene para el sujeto activo de la misma, beneficios insospechados.

255. Al referirse a este sector doctrinal, explica Escola sus posiciones: "... no se comprende cómo la administración puede ser, en sí misma, objeto de violencia, intimidación o fuerza, precisamente cuando es ella la que ostenta, frente a los administrados, una posición prevaleciente, contando incluso con medios de coacción legal..." (p. 88).

Tanto en las presiones para obtener pronunciamientos de interés general como en los que buscan finalidades particulares, los actos emanados de una voluntad así violentada son irregulares, viciados en su fuente original: Aplicando las elaboraciones doctrinales a esta forma perturbadora de la voluntad administrativa –especialmente las realizadas por los ius-privatistas–, encontramos que la figura de la violencia o intimidación evoca la idea de una presión ejercida sobre la autoridad administrativa, pretendiendo determinar su voluntad en uno u otro sentido; es decir, debe materializarse concretamente sobre la persona natural o física que actúa a nombre de la administración. Es sobre el sujeto que interpreta y realiza el objeto de la administración pública sobre quien debe recaer la injusta y violenta actividad del asaltante a la voluntad administrativa.

No obstante, la violencia no es más que el medio para obtener un fin. Se sostiene con razón, que no es propiamente el acto de fuerza el que origina el vicio de la voluntad administrativa; todo lo contrario es el temor engendrado en el agente de la administración el que vicia verdaderamente la voluntad; la idea de peligro o daño que se infunde en la autoridad es la que induce al nacimiento de una voluntad no libre, en consecuencia, notablemente viciada de nulidad. Una voluntad forzada en sí misma es una contradicción.

La intimidación ejercida sobre el sujeto debe ser exterior a éste. Puede emanar de otro funcionario público de igual, inferior o superior jerarquía que por motivos personales o en representación de terceros tenga interés en que el pronunciamiento administrativo se profiera en uno u otro sentido; así mismo, puede suscitarse la intimidación en el sujeto pasivo del acto, pretendiendo adecuar la manifestación de voluntad a sus oscuros intereses; por último, puede darse en cualquier individuo que por razones semejantes a las expuestas esté interesado en determinar la orientación del acto administrativo.

Los caracteres de la fuerza han sido regulados en el Código Civil: el artículo 1513 del estatuto privado, establece con claridad que “la fuerza no vicia el consentimiento”; por “consentimiento” debemos entender “voluntad”, por tratarse, en el caso de los actos

administrativos, de caracter unilateral, "sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género, todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de los ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave...". Agrega el Código que: "el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento". Explicando la disposición, ha dicho la Corte Suprema que:

"... hay que considerar la fuerza en sí misma y en relación con la persona sobre la cual se ejerce. En orden al acto mismo de la fuerza, los expositores admiten que no es necesario que se realice el acto material de ella, sino que puede ser suficiente la amenaza, ésta debe ser de tal naturaleza que inspire a la persona amenazada un vivo temor..."²⁵⁶.

Agregó, en posterior providencia, la Corporación que: "... Así, pues, la nulidad del Acto jurídico realizado en virtud de la violencia la estatuye nuestro derecho civil en razón del temor experimentado por la víctima..."²⁵⁷.

Este temor se torna eficaz para las aspiraciones del opresor en la medida en que, como lo indica la Corte, sea portadora del elemento *coacta voluntas* que, según los romanos, "...consiste en la fuerza de que se usa contra alguna persona para obligarla a hacer lo que no quiere por medios a los cuales no puede resistir. Es una presión sobre el ánimo, que influye de una manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente de la fuerza..."²⁵⁸.

256. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de febrero 9 de 1932, Gaceta judicial, tomo XXXIX, p. 463.

257. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de octubre de 1939, Gaceta judicial, tomo XLVIII, p. 720

258. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, auto de junio 9 de 1943, Gaceta judicial, tomo LV, p. 533.

Complementa este régimen jurídico de la fuerza el artículo 1514 del Código Civil cuando establece que: “para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento” -debe entenderse voluntad-. De esta forma podemos concluir que reuniéndose los anteriores elementos, para el caso de la administración, la voluntad de ésta no podría entenderse como formada válidamente. Es más, a la luz de las causales de nulidad de los actos administrativos, situaciones como éstas podrían fácilmente ser tratadas, como casos típicos de desvío de poder, en la medida en que no se cumplen con las finalidades del Estado, sino con las finalidades particulares y mezquinas de quien presiona a la administración.

Elementos de la fuerza

Tratándose de los actos administrativos, encontramos -en este asunto de nuevo acudiendo a la doctrina iusprivatista- la existencia de tres elementos o circunstancias características: *Metus atrox*, *contra bona mores*, y el *metus praesens*.

Metus atrox

Consiste en la necesaria intensidad o gravedad de que debe ser portadora la fuerza o violencia realizada sobre el funcionario público con el fin de infundirle el temor suficiente como para determinar su voluntad. No obstante, el grado de *metus atrox* no puede ser medido independientemente de las condiciones subjetivas del individuo sobre el que se realiza; en este sentido consideramos aceptables para el derecho administrativo las apreciaciones que al respecto hace el artículo 1513 del Código Civil.

Refiriéndose a ellas, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que este requisito “...mira a la intensidad del Acto violento y a la repercusión de éste en el ánimo de la víctima. Corresponde, por tanto, al juez ponderar en cada caso esa intensidad de la fuerza y de sus efectos, atendiendo para ello a los criterios que señala el texto legal citado...”.

esto es, el sano juicio de la persona, sus condiciones físicas y de edad -la de sexo, en nuestro criterio, no es lo suficientemente determinante, es de pronto la más relativa de todas-: "... el criterio subjetivo que atiende a la naturaleza de los hechos violentos para determinar si éstos son aptos para 'producir una impresión fuerte', un 'justo temor' (*Vani Timoris non excusat*) para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a la 'edad, sexo y condición de la víctima'..."²⁵⁹.

El *metus atrox*, entre los romanos, era exigente. Señala Margadant que en aquella época la intimidación debía impresionar a un "... Hombre muy valiente..." para que pudiese tenersele como verdadera violencia. Se agregaba la condición de que "el intimidado, además de no comportarse cobardemente, tampoco se comporte estúpidamente, aceptando, bajo amenaza, un mal mayor de lo que hubiera resultado de la realización de la amenaza misma..."²⁶⁰.

Contra bona mores

La fuerza, amenaza o intimidación que se intente sobre el funcionario público debe ser injusta, ilegítima, contraria a derecho. Si la fuerza es de aquellas provenientes de otra autoridad en ejercicio de competencias plenamente determinadas, como por ejemplo, requiriendo a un funcionario el cumplimiento del derecho de petición, no será *contra bona mores*. Se requiere, en consecuencia, su contradicción con las normas y principios rectores de la actividad administrativa y de la convivencia humana.

259. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de abril 15 de 1969, Gaceta judicial, tomo CXXX, p. 27.

260. Margadant S., Guillermo Floris. *El derecho privado romano*, México, Editorial Esfinge, S.A., 1985, p. 337. Refiriéndose al concepto romano de violencia y comentando el Código Civil Francés, afirma Josserand, Louis (*op. cit.*, pp. 89 y 90): "... el Derecho Romano... exigía que la violencia fuera particularmente grave, que fuera 'atrox', capaz por su naturaleza de quebrantar al hombre más esforzado *Hominen Constantissimum*; era una doctrina de origen estoico, favorable a los más fuertes, y mucho menos a los débiles. El Código Civil francés se muestra menos exigente y más compasivo con la flaqueza humana, ha sustituido el criterio estoico por un criterio más humano; basta que la violencia sea capaz por su naturaleza para hacer impresión en 'una persona razonable' "...

Metus praesens

Significa esta expresión que la amenaza o intimidación debe ser cierta, verdadera y actual, aunque sus efectos se hagan sentir en un futuro. Como dice Ripert-Boulanger: "...Lo que debe ser presente es el temor inspirado...", que es el que hace producir un acto no deseado por la voluntad administrativa, "... pero el mal temido es necesariamente futuro..." por la sencilla razón de que la amenaza se hace con el fin -carácter teleológico- de materializarse en el evento en que el funcionario no oriente su voluntad a la producción de un acto administrativo en determinado sentido, es decir, si no accede, se le causa el daño, circunstancia que habrá de ocurrir hacia el futuro²⁶¹. La amenaza debe además ser real, verdadera y no imaginaria.

Tipos de fuerza

En nuestra opinión, existen dos tipos de fuerza que puede ser ejercida sobre un servidor público con el fin de doblegar la voluntad administrativa de la que él es intérprete. La primera es de carácter material, físico e inmediato; se caracteriza por ataques a la integridad física de la autoridad o de un pariente, ascendiente, descendiente, etcétera. En estos casos se ha considerado que se obtiene de quien padece la opresión, una declaración para lo cual él tan sólo ha servido de mero instrumento, caracterizado por su absoluta falta de querer o intención voluntaria, vgr. se le controla, y conduce su mano para firmar la providencia. Es conocida esta modalidad coactiva de la voluntad como *bis absoluta* o *violencia física radical*.

La segunda especie o tipo fuerza es de carácter psíquico o moral. Obedece a presiones o amenazas actuales sobre un mal físico o moral futuro. Es conocida como *bis compulsiva*. El sujeto de la administración realiza la manifestación de voluntad, en el sentido querido por sus opresores, para evitar un daño material en su persona, allegados, sus bienes o su moral, es decir, en su personalidad, reputación u honestidad; así actúa, por ejemplo, el funcionario que realiza el acto por el temor a que materialice la amenaza de muerte o de difamación.

261. Cfr., Ripert y Boulanger. *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1965, tomo IV, p. 135.

El dolo como vicio de la voluntad administrativa

El dolo puede viciar la voluntad de la administración. No obstante la aparente claridad de esta afirmación, es necesario esclarecer las diferentes teorías expuestas al respecto: la doctrina del derecho administrativo ha elaborado diversos criterios para identificar la presencia de conductas dolosas en las actuaciones de las autoridades administrativas; conceptos que para su entendimiento podemos clasificar dicotómicamente de la siguiente manera: Teoría objetiva de la influencia externa sobre la administración; y Teoría subjetiva de la formación interna del dolo, en la voluntad del sujeto actor de la administración.

Teoría objetiva de la influencia externa sobre la administración

Esta concepción obedece a la influencia de las elaboraciones iusprivatistas sobre el dolo, que parten de la existencia de dos sujetos vinculados en la relación negocial, de manera que el dolo sería "toda especie de artificio de que se vale una persona para engañar a otra"²⁶²; corresponde a la fórmula romana del *Dolus Malus*, que consiste en "toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta, con la que se engaña a otra persona"²⁶³, en expresión de Labeón implicaba: *...Omnen calliditatem, fallaciam, machinationem ad circonveniendum, falledum, decipiendum alterum adhibitam...*

Se caracteriza según la doctrina clásica, por ser obra del co-contratante; circunstancia que no se da, según ellos, en otros vicios del consentimiento (artículos 1515 y 1516 del Código Civil). Entre los administrativistas, Escola es uno de sus principales defensores y sostiene precisamente que: "... la voluntad administrativa se halla viciada, por vía de dolo, cuando se ha manifestado inducida a error por la acción u omisión de un tercero; cuando ha mediado, para obtener la decisión administrativa, cualquier artificio, astucia o maquinación dirigida a ese fin..."²⁶⁴.

262. Pothier. Tratado de las obligaciones, núm. 28, citado por Jossierand, Louis. *Op. cit.*, p. 106.

263. Cfr., Margadant S., Guillermo Floris. *Op. cit.*, p. 339.

264. Cfr., Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, p. 87.

Consideramos que la fundamentación del dolo, partiendo de esta fuente contractual, no es la más adecuada tratándose de actuaciones estrictamente unilaterales. La aplicación de esta teoría al Derecho Administrativo, llevaría a inexactitudes en cuanto a los fenómenos jurídicos suscitados. Obsérvese cómo terminaríamos confundiendo el vicio por dolo con el vicio por error de la administración. Situación inadmisibles frente a la claridad doctrinal existente entre estas dos formas de vicio. Esta teoría en consecuencia no es de nuestra aceptación.

Teoría subjetiva de la formación interna del dolo en la voluntad del sujeto actor de la administración

Debemos diferenciar, para efectos de entender este tipo de dolo, el proceso formativo de la voluntad en el órgano administrativo y el proceso volitivo de la persona física que actuando como representante de la administración, interpreta la voluntad de ésta según las normas jurídicas que la rigen. Lo anterior en razón a que el dolo no es más que un proceso psíquico que liga al autor con sus actos; puede definírsele como la estructuración de la voluntad tendiente tras su manifestación a la producción de efectos antijurídicos, causante de daños al sujeto pasivo²⁶⁵.

Tratándose del primer tipo de proceso formativo de la voluntad, esto es, el de la voluntad administrativa, no encontramos, que por sí sola, tal y como la norma lo establece, sea susceptible de producir situaciones antijurídicas; la voluntad administrativa pretende siempre la satisfacción del interés público y en este sentido su intérprete, que es la persona física, debe realizarlo. Por lo tanto, cualquier acto administrativo en que se busquen resultados contrarios a derecho, por parte del intérprete de la voluntad estatal, se encuentra viciado de dolo, si lo que pretende el funcionario es lograr un determinado resultado. En estos casos, resulta entonces que lo dominante para la decisión no ha sido el interés general o las finalidades estatales, sino

265. Díaz Palos, Fernando. *Dolo penal*, Barcelona, Bosch Casa editorial, p. 13.

la voluntad personal del sujeto agente administrativo que interpreta amañada y torticeramente la voluntad administrativa, impidiendo que ésta surta sus verdaderos efectos e imprimiéndole los efectos dañinos que sus intereses mezquinos buscan conseguir de la actuación administrativa. El acto producido en estas condiciones, insistimos, está viciado en su voluntad por efectos del querer de la persona física que representa al organismo. El acto produce, con su manifestación, efectos contrarios a los que verdaderamente ha debido producir. Bajo estas circunstancias, y desde el punto de vista de las causales de nulidad que se puedan tipificar al configurarse el dolo, encontramos que la institución del desvío de poder sería la más adecuada para efectos de lograr el control administrativo o jurisdiccional de los actos así producidos.

4. VICIOS DE FORMA O DE PROCEDIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El principio de legalidad de la actividad administrativa se garantiza, en cuanto a la formación de sus decisiones, en el permanente respeto a los procedimientos legalmente establecidos. Este importante principio obedece, a diferencia de los rectores de la actividad privada, a que a la administración le es connatural el bienestar general y el interés de la comunidad y para estos efectos debe necesariamente sujetarse a reglas de comportamiento previamente determinadas en la Constitución o la Ley.

Según esto, los actos administrativos deben necesariamente formarse cumpliendo previamente los procedimientos legalmente establecidos. La observancia de la forma es la Regla General, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es el instrumental para asegurar la certeza en el actuar de la administración y de los derechos de los asociados. Condiciones que hemos venido identificando como fundamentales para la validez de las decisiones administrativas.

En este sentido el Consejo de Estado ha destacado la importancia de las vías procedimentales en la conformación de la legalidad del acto.

Al respecto, ha diseñado el esquema doctrinal aplicable a la administración colombiana en los siguientes términos: "...es innegable que el ritual o formalismo instituido para la expedición de determinados actos, es condición para su propia validez. Por ello, justamente, la omisión de tales exigencias rituales o de expedición del Acto 'en forma irregular' ... está consagrado como causal de nulidad...". Las formalidades, indica el Consejo, tienen por objeto fundamentalmente "...garantizar la legalidad y corrección en la actividad administrativa. ... impedir que se cause lesión alguna a derechos o intereses legalmente protegidos..."²⁶⁶.

Ahora bien, la configuración del vicio de forma corresponde analizarla dentro del contexto de la finalidad propuesta para los procedimientos administrativos, esto es, como garantía fundamental tanto para la administración como para los asociados. En este sentido, sólo los defectos trascendentales de naturaleza formal o procedimental, estarían viciando la validez de los actos administrativos. Es decir, sólo se podrán determinar como anulables cuando falten o se desconozcan requisitos formales indispensables para lograr la finalidad propuesta o que frente a los asociados los inducen por los senderos de la indefensión. El vicio de forma carece, por sí mismo, de virtud invalidante sino es de aquellos que reúnen las características expuestas. Su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere identidad cuando su existencia ha desprotegido los derechos de los asociados, e incluso de la propia administración. Por esta razón, se ha venido sosteniendo la existencia de una doble clasificación de los vicios de forma o procedimiento, los sustanciales y los accidentales.

En este sentido, la jurisprudencia y doctrina colombianas han considerado que no toda anomalía formal o procedimental

266. Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, sentencia de abril 11 de 1978, consejero ponente Carlos Portocarrero Mutis, Anales del Consejo de Estado, tomo XCIV. Olivia Castro, A., "Los vicios de forma del acto administrativo", Colección Estudios Administrativos, Madrid, núm. 22, 1963, p. 25: "... El vicio de forma constituirá, pues, la violación de esta legalidad formal, pudiéndose definir: La omisión o mala aplicación de un acto administrativo de las formas y procedimientos a los cuales ese acto debe sujetarse..."

constituye factor de irregularidad del acto administrativo. Se ha planteado, en consecuencia, la diferencia entre los llamados vicios de forma sustanciales y los accidentales. Los primeros son aquellos de magnitud, importancia, que se estructuran sobre requisitos indispensables para el resultado final del acto, sobre las garantías consagradas en defensa de los particulares en general, se agrega a lo anterior la violación de los requerimientos indicados expresamente en la ley como indispensables para la producción del acto, y cuya omisión o transgresión ocasiona la nulidad de la actuación.

Específicamente se presentan en la vida jurídica del acto, cuando la omisión o el cumplimiento incorrecto de ciertas formalidades puede ejercer la influencia sustancial sobre la decisión adoptada. De esta manera, una interpretación adecuada estaría dada en el sentido de considerar como vicios de forma sustanciales, aquellos con cierta entidad o importancia, decisiva, en el resultado de la actuación. En nuestra opinión, aquellos que atacan las garantías y los derechos de las personas afectadas con la decisión.

Los vicios procedimentales de naturaleza accidental, por el contrario, son aquellos de menor entidad, que no acarrearán nulidad del acto. Son todas aquellas omisiones de formalidades insignificantes o de formalidades cuyo incumplimiento no podrían, en la realidad fáctica, alterar en manera alguna, garantías de los administrados. En el decir del Consejo de Estado, "...una omisión de carácter formal... que no incide en la decisión material al alterar la expresión de la voluntad... configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por sí sola no hace nulo (sic)..."²⁶⁷.

En recientes providencias se ha reiterado el anterior criterio. En sentencia de 1992 la Corporación indicó sobre este tipo de vicios que, "...cierto es que el cumplimiento de las formalidades es un imperativo para la administración pero no siempre su violación apareja nulidad de la actuación, y esto es justamente lo que ocurre en el sub - lite en que

267. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, sentencia de octubre 20 de 1977, C.P. Jorge Dávila Hernández. Anales del Consejo de Estado, tomo CXIII.

el quebranto de una norma instrumental daría, a lo más, lugar a sanción disciplinaria para el funcionario responsable...". El asunto específico se refería a la destitución que un gobernador había hecho de un funcionario departamental, después de haber transcurrido el término legalmente establecido. En este caso, agregó lo siguiente la providencia: "...pero simplemente se trata de una irregularidad simplemente formal, no de carácter sustancial, como sería la ausencia de capacidad legal del gobernador para proferir el decreto acusado, anormalidad que carece de entidad jurídica suficiente para invalidar el acto: No hay duda de que el término tiene razón de ser en el ordenamiento legal, mas no con la finalidad de despojar el órgano administrativo de su competencia una vez haya vencido, pues si el legislador así lo hubiera querido, expresamente lo habría consagrado..."²⁶⁸.

5. VICIOS POR DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO. DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DE DEFENSA

El artículo 29 Constitucional determina que el concepto de debido proceso es de aplicación a toda clase de actuaciones sean judiciales o administrativas. En este sentido, los elementos señalados como fundamentales para identificar el concepto del debido proceso y estudiados a propósito de los principios constitucionales orientadores del procedimiento administrativo, constituyen los presupuestos para entender la violación al debido proceso como causal de nulidad de los actos administrativos. Por su naturaleza, bien podríamos catalogarla dentro de las causales constitucionales de carácter sustancial, en la medida en que el concepto de debido proceso se liga de manera directa con las garantías constitucionales de los ciudadanos. Su contenido implica la diversidad de garantías subjetivas que el Estado le debe brindar a todo aquel con quien se interrelacione en las actuaciones administrativas.

268. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección II, Sentencia de abril 21 de 1992. C.P.: Reynaldo Arciniegas.

El legislador de tiempo atrás había establecido una causal de nulidad del acto administrativo que parcialmente abordaba el concepto de violación al debido proceso. Se trata de la causal que el Decreto 2304 de 1989 en su Art. 14 denominó desconocimiento del derecho de audiencia o de defensa. Anotamos que se trata de una causal parcial del debido proceso, en la medida en que el concepto del debido proceso es multifacético respecto de las garantías con que cuentan los sujetos en los procesos. El debido proceso es mucho más que protección a la audiencia o a la defensa. Es más, estos dos elementos son algunos de los aspectos contentivos del género, debido proceso.

Consideramos que esta causal sobra, existiendo no solamente el postulado constitucional del debido proceso, sino también el principio general del derecho que incorpora como norma rectora de las actuaciones administrativas el concepto del debido proceso. El profesor Betancur Jaramillo es de opinión similar. Señala al respecto que la causal del Art. 14 del Decreto 2304 de 1989 está de más en el ordenamiento jurídico "...consideramos que sobraba su formulación, como causal autónoma de impugnación, porque los derechos que pretende salvaguardar (audiencias y defensa) han estado siempre no solo contemplados en normas legales de obligado acatamiento, sino protegidos por la causal de expedición irregular del acto y aún con la de violación de la ley..."²⁶⁹.

269. Betancur Jaramillo Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora. 1992. p. 175.

CAPITULO DECIMOSEGUNDO

VICIOS DE LOS ELEMENTOS INTERNOS

DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Generalidades	322
2. Vicios referentes al objeto del acto administrativo	322
- Vicios por imposibilidad en el objeto de acto	322
- Vicios por ilicitud en el objeto del acto	324
- Vicios por indeterminación en el objeto del acto	325
- Vicios por inexistencia del objeto del acto	326
3. Vicios referentes a los motivos del acto administrativo	326
4. Modalidades de vicios en los motivos del acto administrativo	328
5. Falsa motivación de los actos administrativos	331
- Falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos en derecho positivo colombiano	333
- Evolución de la falsa motivación en la jurisprudencia del Consejo de Estado	334
6. Vicios referentes a la finalidad del acto administrativo	339
7. El desvío de poder	341
- Concepto y naturaleza de la desviación de poder	343
- Modalidades y motivos de la desviación de poder	344
- Aspectos probatorios del desvío del poder	345
- Evolución del desvío de poder en la jurisprudencia del Consejo de Estado	349

CAPITULO DECIMOSEGUNDO

VICIOS DE LOS ELEMENTOS INTERNOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO²⁷⁰

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Vicios referentes al objeto del acto administrativo. Vicios por imposibilidad en el objeto del acto. Vicios por ilicitud en el objeto del acto. Vicios por indeterminación en el objeto del acto. Vicios por inexistencia del objeto del acto. **3. Vicios referentes a los motivos del acto administrativo. 4. Modalidades de vicios en los motivos del acto administrativo. 5. Falsa motivación de los actos administrativos.** Falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos en el derecho positivo colombiano. Evolución de la falsa motivación en la jurisprudencia del Consejo de Estado. **6. Vicios referentes a la finalidad del acto administrativo. 7. El desvío de poder.** Concepto y naturaleza de la desviación de poder. Modalidades y motivos de la desviación de poder. Aspectos probatorios del desvío de poder. Evolución del desvío de poder en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

270. Vid, además de la bibliografía general indicada para el Capítulo Décimo, la cual consideramos básica: Boquera Oliver, José Ma. *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, S.A. 1984; Caldera Delgado, Hugo. "El control de la desviación del fin en el acto administrativo" en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, núm. 165, enero-diciembre de 1977; Cretella Junior, José. "Síntomas denunciadores de desvío de Poder", en *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. LXXI, 1976, p. 80 (la trad. del portugués es nuestra); Díez, Manuel María. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus-Ultra, 1976, tomo II; Pellicer Valero, Jesús-Agustín. "El desvío de poder en el derecho comparado europeo", Madrid, Reus, S.A., 1966.

1. GENERALIDADES

Abordaremos en el presente capítulo el estudio de los vicios del acto administrativo desde la óptica de sus elementos internos. En este sentido tenemos los denominados vicios del objeto, de los motivos y de la finalidad del acto administrativo; conceptos estos que encuentran sus bases doctrinales en las elaboraciones generales del derecho. Ahora bien, en sus aplicaciones a la teoría del acto administrativo, los vicios implicaron el desarrollo de conceptos propios.

2. VICIOS REFERENTES AL OBJETO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El objeto o contenido constituye uno de los elementos esenciales del acto administrativo, de ahí que cualquier anomalía o irregularidad que lo pueda afectar vicia de inmediato la manifestación de voluntad de los órganos administrativos, entendiendo precisamente por objeto, todo aquello sobre lo que incide la voluntad administrativa; en otras palabras, el mundo jurídico por modificarse o alterarse en cumplimiento de lo preceptuado en el respectivo pronunciamiento administrativo. La doctrina administrativa, en general, ha estado de acuerdo en admitir como circunstancias creadoras de irregularidades en el objeto, en consecuencia viciantes del acto administrativo, las siguientes²⁷¹: Imposibilidad, tanto física como jurídica; ilicitud, jurídica, tanto civil o penal; indeterminación e inexistencia.

Vicios por imposibilidad en el objeto del acto

El objeto del acto administrativo debe ser posible. La administración pública no puede vincular unilateralmente a los sujetos pasivos de sus manifestaciones de voluntad al mundo de lo imposible. La posibilidad en el objeto del acto -indica Gaudemet- es una regla de sentido

271. Las irregularidades estructuradas en el objeto del acto producen la nulidad del mismo en razón de recaer sobre un elemento esencial en su conformación. En este sentido puede consultarse: Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, 1976, p. 522; Canassi, José. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, vol. II, Ediciones Depalma, 1974, p. 158.

común²⁷², que debe medirse -según palabras de De Gásperi- cuando excede de la fuerza humana común²⁷³. La imposibilidad en el objeto del acto es física o jurídica.

Se considera un acto físicamente imposible cuando su objeto no se puede materializar en razón de su naturaleza -*in rerum natura*-, es decir, de hecho no es factible cumplirlo; como señala Garrido Falla, el objeto va contra la lógica²⁷⁴. Casos específicos los encontramos en aquellas providencias administrativas que imponen o exigen a sus destinatarios imperativos contrarios a cualquier canon de normalidad, vgr., la construcción de una obra pública con roca lunar. No obstante esta remota posibilidad, pueden darse algunas situaciones mucho menos teóricas en las que necesariamente deberá determinarse la posibilidad o imposibilidad del objeto, de acuerdo con una fórmula que podríamos expresar de la siguiente manera: el objeto será imposible en la medida que resulte inversamente proporcional a las condiciones físicas, psíquicas y económicas del sujeto pasivo del acto administrativo.

En consecuencia, en la gran mayoría de los casos será indispensable, para determinar si estamos frente a este tipo de vicios, realizar un estudio técnico de las características del destinatario del acto y su posibilidad con la obligación emanada del acto administrativo. Este análisis implica en todo momento la necesidad de observar la legalidad misma del acto.

Consideramos como objeto jurídicamente imposible aquel que no se puede cumplir porque el mismo ordenamiento lo ha tipificado como prohibido. Consiste, pues, en la estipulación a nivel de actos de contenidos que infrinjan aquellas normas superiores de conducta que han establecido expresamente situaciones no factibles de realizar ni por la administración, ni por los particulares; un ejemplo de imposible

272. Gaudemet, Eugene. *Op. cit.*, p. 110.

273. De Gásperi, Luis. *Tratado de obligaciones*, Buenos Aires, vol. I, Depalma, 1945, p. 44.

274. Garrido Falla, Fernando *Op. cit.*, p. 523.

jurídico sería aquel del acto administrativo que estableciere la pena de muerte. Como señala Díez, en estos eventos, a diferencia de los anteriores, la imposibilidad no es de hecho sino de derecho ²⁷⁵.

Vicios por ilicitud en el objeto del acto

No puede confundirse el vicio por imposibilidad jurídica, del vicio por ilicitud en el objeto del acto. Mientras en el primero media la violación de un condicionamiento de carácter negativo -una prohibición-, en el segundo, la situación es contraria, existe potestad, autorización expresa de la ley, que amerita un acto positivo de la administración; pero ésta la desconoce incursionando en terrenos que implican no sólo violación del derecho administrativo sino también penal.

Como señala Gabino Fraga²⁷⁶, seguido por Fernández de Velasco²⁷⁷, e incluso por el mismo Díez²⁷⁸: "...la ilicitud del objeto deberá clasificarse de acuerdo con estas tres categorías: que no contrarie ni perturbe el servicio público; que no infrinja las normas jurídicas; que no sea incongruente con la función administrativa...". Como se observa, la ilicitud es, en estricto sentido, jurídica -pues ilícito sólo puede resultar lo que contrarie el ordenamiento positivo-, de ahí que las reglas que determinan su sentido positivo y que son las violentadas para engendrar el vicio por ilicitud, sean de naturaleza imperativa.

En este contexto, podemos concluir que la ilicitud jurídica puede producir sus efectos en dos amplios campos o sectores del derecho: en el civil y administrativo, y en el penal. En el primero de ellos, en la medida en que lesione o ponga en peligro los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, sus intereses personalísimos, reales

275. Díez, Manuel María. *Op. cit.*, *supra* nota 270, p. 247.

276. Fraga, Gabino. *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 270

277. Fernández de Velasco, Ricardo. *El acto administrativo*, 1929, p. 193, citado por Canasi, José. *Op. cit.*, p. 154.

278. Díez, Manuel María. *Op. cit.*, p. 247.

o patrimoniales; tratándose de los segundos, cuando con su acto objetivamente viciado ha incursionado por los senderos del derecho penal, violentando los intereses jurídicamente custodiados por dicho ordenamiento.

El vicio por ilicitud en el objeto del acto no es más que un problema de ajuste o adecuación de la conducta de las autoridades administrativas, que son, en última instancia, quienes interpretan y determinan la voluntad de la administración, a los cauces y preceptos de todo el ordenamiento. Constituye, en nuestro concepto, una verdadera consecuencia del rompimiento con los mandatos superiores; “contrario al bloque de la legalidad” -como diría la doctrina mayoritaria y predominante-, con el principio de la legalidad de los actos y actuaciones administrativas.

Vicios por indeterminación en el objeto del acto

El objeto del acto, como producto de una deducción lógica, debe ser determinado o determinable. La determinación se refiere a un principio de claridad y eficacia en la ejecutoriedad del acto administrativo; por esto, el acto debe, en cuanto a su objeto, procurar un alto grado de limitación, puntualización, precisión, evitando de esta manera su invalidez por confuso u obscuro.

Si el texto de la providencia administrativa *ab initio* no llena estos requerimientos, debe por lo menos facilitar al intérprete su determinación; de lo contrario estará inevitablemente incurso en un vicio de esta naturaleza. Señala, precisamente Díez, que el acto tendría objeto indeterminado o indeterminable, “...en aquellos casos en que no se pueda precisar la disposición adoptada por la autoridad administrativa. Es necesario saber en todos los casos de qué especies de éstos se trata, a qué personas o cosas afecta, en qué tiempo y lugar habrán de producirse los efectos queridos...”²⁷⁹.

²⁷⁹. *Ibidem*. Sostiene Gaudemet, a propósito de su determinabilidad por el intérprete, que basta que el acto “... contenga elementos suficientes para una determinación ulterior...” para que no se vicie la respectiva actuación (*Op. cit.*, p. 108).

En este sentido, podemos concluir que la determinación debe darse en cuanto a estos elementos: Acto administrativo en general; Especialidad del acto mismo; Personas que involucre; Condiciones temporales; Condiciones de lugar; Condiciones teleológicas del acto administrativo, y a los anteriores podemos agregar los siguientes: cantidad; calidad; géneros; especies; cantidades de dinero, etcétera. En fin, lo que se pretende es que la manifestación de voluntad sea en su contexto y en sus efectos lo más clara posible, evitándose ejecuciones arbitrarias e indubitables vías de hecho que hagan con sus violaciones a los derechos ciudadanos aún más nugatorio el fin público llamado a cumplirse por la administración.

La indeterminación no implica inexistencia de objeto; el objeto existe, pero confuso.

Vicios por inexistencia del objeto del acto

Se habla de objeto o contenido inexistente cuando el actuar de la autoridad administrativa recae o se refiere a una cosa, mueble, inmueble, persona, etcétera, que ni física ni jurídicamente existe, es decir, que no tiene entidad, vida, ser, ni mucho menos presencia, o realidad de alguna especie; en otras palabras, no es nada; el derecho no puede actuar sobre la nada, la administración no puede ejecutar sus normas sobre la nada, ni hacer consistir sus manifestaciones en fenómenos no reales.

Ejemplo de este tipo de inexistencia lo encontramos en la liquidación de impuestos prediales sobre un inmueble que no existe, que no figura como evidente en el Registro Municipal; la sanción disciplinaria impuesta a quien nunca ha sido funcionario administrativo, etcétera.

3. VICIOS REFERENTES A LOS MOTIVOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Enunciábamos por causa o motivo, aquel elemento del acto administrativo que se estructura en razón del conocimiento, consideración y valoración que la administración pública realiza de

hechos y de fundamentos de derecho, que la inducen a una manifestación de voluntad, a la expedición de un acto administrativo. Estas apreciaciones, como principio de garantía y legalidad, necesariamente deben ser expresadas en la respectiva providencia administrativa o identificada bajo requerimiento posterior a iniciativa de parte interesada, por la administración, tratándose de actos de naturaleza no escrita.

Todo acto administrativo obedece necesariamente a unas circunstancias fácticas y legales anteriores a su expedición, que obligan, salvo excepción legal, a que sean expresadas por la administración para que los afectados con el acto conozcan los fundamentos que llevaron al Estado a tomar una decisión. Sabemos, señala Escola, "... que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que por el contrario, debe hacerlo respondiendo a las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso correspondan..."²⁸⁰, situación que implica que la mejor y más adecuada de las maneras para conocer esas circunstancias motivantes, no es otra que la de su manifestación: de no ser así, el Consejo del Estado ha dicho que el acto administrativo "...deja ver que la administración obró por razones ocultas por fuera del interés de la comunidad; o por simple capricho..."²⁸¹. La motivación del acto administrativo deberá comprender todas aquellas situaciones que dan origen a la actuación, que se presentan durante ella y sobre las cuales necesariamente habrá de pronunciarse. Nuestra legislación es especialmente exigente en lo que se refiere a la fundamentación de las providencias administrativas; señala de manera genérica -como lo vimos al referirnos al procedimiento de formación de acto- en su artículo 35 que: "...habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares".

280. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, p. 89.

281. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de agosto 30 de 1977, C.P. Carlos Restrepo S., Anales del Consejo de Estado, tomo XCIII, segundo semestre, 1977. Agregó en dicha oportunidad la Corporación que: "... la doctrina y la jurisprudencia, además de la exigencia legal, estiman que la motivación se impone en ciertos casos por el principio de la legalidad de la administración, puesto que de esta manera podrá el juez, al ejercer su control, comprobar si el acto se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma..."

Como mínimo, la ley colombiana requiere de la motivación en forma sumaria, es decir, breve o somera; no obstante el término, debe entenderse como global, o sea compendiando, como lo indicábamos, la totalidad de los asuntos sobre los que haya de pronunciarse. La sumariedad requerida, en nuestra opinión, tampoco puede ser tomada como sinónimo de expresiones genéricas, que al fin nada dicen sobre el sustento fáctico y jurídico del caso administrativo; estas formas semánticas o fórmulas de comodín -como las denomina algún sector de la doctrina-, son aquellas que, por ejemplo, fundamentan la decisión indicando sumotivo así: "Por razones del servicio", "motivos de organización interna", "por incapacidad laboral o profesional", "no se juzga oportuno", etcétera. En estos casos, nos encontramos, como lo veremos más adelante, ante actos insuficientemente motivados.

Son igualmente motivables, de conformidad con el artículo 59 del Decreto 01 de 1984, las decisiones que resuelven los recursos en vía administrativa; las decisiones llamadas discrecionales, sobre las cuales el Código exige su proporcionalidad con los hechos que le sirven de causa y adecuadas a los fines de las normas que la autorizan. Por estas mismas razones creemos que deberán, por lo menos -en forma sumaria-, darse a conocer esas normas y esos hechos, lo que implica una motivación de dichas resoluciones administrativas.

4. MODALIDADES DE VICIOS EN LOS MOTIVOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El estudio de los vicios del acto administrativo referidos al motivo o causa de éste, representa, desde el punto de vista teórico, algunas complicaciones de estricto carácter ubicacional, en razón de ser éste uno de los elementos que más se nutre de los desarrollos doctrinales frente a todos los otros. En búsqueda de una solución operacional no nos queda otra salida que acudir a las reglas de la dogmática jurídica y encuadrar los diversos fenómenos en aquellos apartados a los que naturalísticamente corresponden, desprendiendo de allí los requerimientos que procedan respecto de los motivos del acto administrativo.

En este contexto encontramos que en gran parte los vicios del motivo del acto administrativo se han estudiado doctrinalmente partiendo de los conceptos de la teoría del error, que si bien surten sus efectos en este elemento del acto jurídico, en la realidad corresponden a fenómenos estrictamente afectantes de la voluntad administrativa, por lo que su estudio lo hemos hecho allí. De esta manera, irregularidades tales como la "errada motivación", de la que tratamos al referirnos al error de hecho; "errónea interpretación del orden positivo", "aplicación indebida de normas", a que hicimos referencia tratándose el error de derecho; lo mismo que los errores del hecho en sus diferentes connotaciones, evidentemente, como lo decíamos, son objeto de estudio, como desarrollos de la voluntad del sujeto actor del acto administrativo.

Igual situación se presenta con algunos otros vicios de los que procederemos a su conocimiento en concreto, éstos son: falta de motivación; insuficientemente motivado; inexistencia de motivos; motivo ilícito o ilegal; incoordinadamente motivado; lo mismo que falsamente motivado -a este último dedicaremos estudio especial por constituir el principal de los vicios y depender en algunos casos de las irregularidades que hemos dictado.

-Falta de motivación. Como lo hemos advertido, la falta de motivación no constituye propiamente un vicio de realización interna del acto administrativo, al no afectar directamente los motivos, los cuales puede que existan y sean verdaderos y legales; afecta en nuestra opinión las formalidades del acto administrativo, por lo que, como lo explicamos en su respectiva oportunidad, deberá ser alegada como una verdadera causa de vicio formal. Betancur Jaramillo en cuanto al ámbito nacional, sostiene precisamente que: "Cuando la ley exige que el acto debe ser motivado la expresión de los motivos se convierte en un elemento formal, cuya omisión constituye un defecto de forma que lo hace anulable por expedición en forma irregular...".

-Insuficientemente motivado. Indicábamos en el anterior numeral que la motivación del acto debe comprender todos los elementos y circunstancias que le dieron origen y sobre los cuales habrá de

resolver la administración. Cualquier omisión en la parte, motiva de la providencia administrativa a alguno de estos elementos, hace de ésta un acto insuficientemente motivado, por lo tanto susceptible de ser sometido a control gubernativo o jurisdiccional. La insuficiencia se diferencia claramente de la falta de motivación, en cuanto en aquella modalidad hay por lo menos un principio de explicación motiva, mientras en ésta se carece por absoluto. Se discute, al igual que la anterior, su carácter eminentemente formal, criterio que compartimos ampliamente.

-Inexistencia de motivos. Con la falsa motivación son considerados como los ejemplos típicos de anormalidades del motivo o causa del acto administrativo. Consiste en la falta absoluta de elementos fácticos o legales para que la administración hubiere fundamentado una providencia de su competencia. A diferencia de la falta de motivación, en la inexistencia de motivos, la motivación formalmente existe pero sin materialidad sustancial sobre la cual estructurar sus afirmaciones²⁸².

-Motivo ilícito o ilegal. En nuestra opinión, este vicio está en íntima relación con los vicios que afectan la legalidad formal. Consiste, como lo señala el español Boquera Oliver, en el incumplimiento por parte de las autoridades administrativas de valorar los fundamentos de hecho en un determinado sentido. "...Las leyes pueden imponer a las autoridades administrativas criterios para la valoración de los hechos... Cuando la valoración que aquéllas hacen de los hechos no se acomoda a los criterios legales, la causa será ilegal, aunque suele decirse que es ilícita..."²⁸³.

-Vicio por motivo incoordinado. Suele presentarse esta anormalidad cuando los motivos invocados no corresponden con las siguientes circunstancias: con los hechos y el derecho; con la parte resolutive; en ambos casos nos encontramos ante un evidente vicio de los motivos del acto generante de una indubitable nulidad.

282. Fraga, Gabino. *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 299; Canasi, José. *Op. cit.*, vol. II. p. 385; Díez, Manuel María. *Derecho administrativo...*, *Op. cit.*, *supra* nota 270, p. 317.

283. Boquera, Oliver, José Ma. *Op. cit.*, *supra* nota 270, p. 183.

5. FALSA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La falsa motivación o falsedad en la causa del acto administrativo, constituye una causal genérica de violación que puede depender, según las circunstancias, de algunas de las modalidades de vicios antes vistas; se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública. Esta disconformidad obedece, como lo indica Boquera Oliver, a que mientras la causa "...Conecta el acto con la realidad... el vicio de falsedad desconecta el acto procedido de esa realidad anterior y que debió ser su verdadero fundamento"²⁸⁴.

La doctrina es acorde en señalar como vicios de la motivación fundamentadores de este tipo genérico de causal de violación del acto administrativo, la inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho, la incoordinación de los motivos y la defectuosa calificación de los motivos por parte de la administración. Señala, precisamente, el Consejo de Estado, que se estructura este vicio: "...Cuando la administración, para sustentar la expresión de su voluntad, en forma errónea o intencional le da visos de realidad a una explicación que no cabe dentro de la categoría de lo verídico, o bien abusa de las atribuciones que los ordenamientos legales o reglamentarios le han asignado o bien toma un camino equivocado en el ejercicio de las mismas..."²⁸⁵.

284. Boquera Oliver, José Ma. *Op. cit.*, p. 173. Agrega este tratadista que: "... si el autor de la declaración de voluntad presenta como hechos agraciados, hechos que sabe no existieron o que fueron realmente diferentes a como lo presenta, falta la causa del acto. La causa falsa dará nacimiento a un acto administrativo falso...". Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de mayo 9 de 1979, C.P. Samuel Buitrago Hurtado, Anales de 1979, tomo XCVI; dijo la Corporación: "...y si de la confrontación de este criterio con la realidad se establece una disconformidad, es forzoso entonces concluir que el acto confrontado se encuentra viciado de nulidad y porque cuando en virtud de los motivos aducidos para expedir el acto, al hacersela correspondiente confrontación, se encuentra que carece de las características de realidad..."

285. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de mayo 9 de 1979, C.P. Samuel Buitrago Hurtado, Anales de 1979, tomo XCVI, p. 450.

Debemos recordar que la falsa motivación es precisamente un fenómeno estructurado a nivel de elemento causal del acto administrativo, por lo que debe ser entendido en su exacto contexto, es decir, determinando aquellos necesarios antecedentes reales que han debido ser tenidos en cuenta por la administración, y su relación con la voluntaria valoración que ésta haya podido otorgarle, sin importarnos para nada las finalidades que el funcionario individualmente haya infundido al respectivo acto. Interesa, para efectos del estudio de la falsa motivación, el real antecedente del acto y su receptividad en la voluntad administrativa, mas no el aspecto finalístico o teleológico o de efectos que se espere producir con el acto administrativo; esta última situación, en estricto sentido subjetivo, es particularmente objeto de estudio de la llamada desviación de poder.

Radica precisamente en esta delicada diferenciación, la distinción entre la llamada falsa motivación y el desvío de poder; aunque si bien es cierto, debemos admitir que en muchos casos una falsa motivación es el camino obligado o más utilizado por funcionarios dolosos y deshonestos para llegar a obtener fines distintos a los indicados en el ordenamiento positivo. La falsa motivación se estructura, en nuestra opinión, en estas eventualidades lo que pudiéramos identificar como la relación jurídica de irregularidades medio-fin -vicio medio y vicio fin-; se acude a una violación en los motivos del acto, para obtener fines diversos o totalmente independientes de los previstos por las normas superiores.

En estos casos, el acto se encuentra doblemente viciado, debiéndose sustentar individualmente cada una de estas circunstancias en procura de obtener la nulidad del acto. Es evidente que si se argumenta la relación medio-fin, debe demostrarse igualmente el vínculo causal que pueda ligar los dos tipos de vicio; de lo contrario, resulta imposible determinar las relaciones que puedan existir entre ambos.

El juicio valorativo respecto de la incongruencia o inexistencia de motivos, en nuestra opinión, es en estricto sentido objetivo; pretende ante todo fijar una relación o desconexión entre unos antecedentes y una decisión²⁸⁶.

²⁸⁶. Participamos de la concepción objetivista de la causa que nos permite deslindar certeramente el motivo de la manifestación de voluntad, y de la finalidad del acto. No obstante, nos alejamos de defensores de esta tesis, como Marienhoff, *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 294, quienes no consideran la voluntad como un elemento del acto sino un presupuesto del mismo.

Falsamotivación como causal de nulidad de los actos administrativos en derecho positivo colombiano

Nosiempre la legislación nacional se había referido a la falsa motivación como una causal de nulidad de los actos administrativos. Durante la vigencia de la Ley 167 de 1941, anterior Código Contencioso Administrativo, se deducía su probable existencia del confuso texto del artículo 66, que indicaba que la acción de nulidad procedía no sólo por los motivos indicados en las disposiciones especiales, “...sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, *o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere...*”.

En consideración a esta falta de técnica, la jurisprudencia y la doctrina colombianas consideraban a la falsa motivación como una modalidad de la desviación de poder, negándole cualquier posibilidad de autonomía. El legislador de 1984, al expedir el Decreto 01 de aquel año, consideró oportuno sanear esta oscura situación planteada en la ley sobre la causal comentada, y otorgó plena autonomía a la falsedad de motivos, como vicio anulatorio del acto administrativo. Estipula, efectivamente, el artículo 84, inciso 2, del nuevo ordenamiento contencioso administrativo, que la acción de nulidad:

...procederán sólo cuando dichos actos infrinjan las normas a las que debían estar sujetos sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profiera...

Como se observa, en la actualidad la claridad sobre la consideración de este tipo de vicios es plena, no sólo en el aspecto que hace referencia a su autonomía, sino también a sus linderos respecto del desvío de poder, que si bien la ley no los señala, la doctrina comparada se ha encargado de nutrirla con elementos y conceptos que ya hemos acogido en numerales anteriores.

Evolución de la falsa motivación en la jurisprudencia del Consejo de Estado

La tendencia jurisprudencial del Consejo de Estado colombiano, a partir de la vigencia de la Ley 167 de 1941, no ha sido constante en el mantenimiento de una misma línea interpretativa. Evidentemente, en una primera época, la corporación fue especialmente estricta en la anulación de aquellas providencias administrativas en las que la administración se fundamentaba en hechos apartados de la realidad verdadera. No obstante, en providencias posteriores se opacó su vigor inicial y, en la que podríamos considerar una segunda fase se redujo su aplicación de manera considerable. El primer período de interpretación jurisprudencial se caracterizó por su concepción objetiva de la causal, situación ésta que varió sustancialmente en la que hemos denominado segunda fase. El consejero Andrés Augusto Fernández, en sentencia de 1959, resume los que pudiéramos considerar primero instantes de la evolución de esta institución. Indicó al respecto lo siguiente: La jurisprudencia inicial del Consejo de Estado fue por entero severa en la materia, pero a partir de la sentencia de 8 de octubre de 1951, de la que fue ponente el Consejero Eduardo Piñeros y Piñeros se hizo más benévola para la administración, aunque es de hacer notar que tal amplitud no fue unánime por parte de quienes, de entonces para acá, han constituido la sala de lo contencioso administrativo, ya que se ha tratado de fallos votados por mayoría respecto de los cuales se suscribieron importantes salvamentos de voto... 287.

Es así como, a partir de esta sentencia, de 1951, los partidarios de la aplicación objetiva de la falsa motivación fueron en aumento; algunos importantes salvamentos de voto que constituirían verdaderos antecedentes de la que sería una tercera etapa de esta evolución jurisprudencial, se dieron de manera creciente. Fernández M., en el fallo que hemos transcrito, señala precisamente como uno de los más importantes el fechado el 15 de diciembre de 1955, y en el cual el consejero Rafael Rueda Briceño expuso lo siguiente:

287. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 30 de julio de 1959, C.P. Andrés Augusto Fernández, Anales del Consejo de Estado, tomo LXI bis, de 1960, pp. 125 y ss.

... Pero es igualmente cierto que cuando la administración expresa motivos para prescindir de los servicios de una persona, éstos deben estar inspirados en hechos verdaderos. Entre varias razones que existen para ello, hay una elemental: Si la jurisprudencia contencioso-administrativa como parece olvidado, es el control o freno de la administración, para evitar los excesos en que ella pueda incurrir, considera amparados por la presunción de legalidad todos sus actos, tiene el deber ineludible de pedirle también que sea verdadera en los motivos que indique para tomar una determinación, pues de lo contrario no haría cosa distinta de colaborar en el relajamiento de esa administración. Si comienza por robustecer con su autoridad las mentiras de aquélla, abre brechas cuyos resultados nocivos es difícil prever. Un agente público que funda sus actos en la mentira no puede tener en manera alguna la confianza de los administrados. Y al tolerarse, por esta jurisdicción, semejantes proceder, se aparta de los fines que le son propios y fomenta el desequilibrio democrático²⁸⁸.

En 1961, el Consejo de Estado, por fin y para bien de la legalidad, adopta como jurisprudencia la concepción objetiva de la falsa motivación, en el sentido de considerar como causal de nulidad de los actos administrativos aquellas situaciones en las que las discrepancias entre la realidad fáctica y la sustentada en el acto fueran evidentes. Sostuvo la Corporación en aquella oportunidad que:

... es claro, y se repite, que el motivo declarado es motivo determinante del acto... La verdad, se ha dicho repetidamente, es una de las piedras angulares sobre la que debe descansar el mundo de relación en todas sus diferentes actividades. Y si dentro de la acción individual es una necesidad primordial para que con base en la buena fe, se desarrollen normal y correctamente las relaciones entre el género humano y la sociedad dentro la que convive, con mucha mayor razón debe ser la verdad el fundamento de toda la actividad y funcionamiento del Estado, de la administración pública que los pone en marcha, y de los funcionarios o agentes públicos que la representan... ²⁸⁹.

288. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 30 de julio de 1959, C.P. Andrés Augusto Fernández, Anales del Consejo de Estado, tomo LXI bis, de 1960, p. 125 y ss.

289. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 30 de julio de 1959, C.P. Andrés Augusto Fernández, Anales del Consejo de Estado, tomo LXI bis, de 1960, pp. 125 y ss.

Sin embargo, durante este mismo período el Consejo retomó eventualmente la concepción subjetiva de la falsa motivación, situación que nos muestra la falta de claridad que dominó al Consejo de Estado durante muchos años. En providencia de septiembre de 1961, el Consejo de Estado reconoció -en este punto fundamentado en la confusión creada por la redacción del artículo 66- que: "... La denominada 'falsa motivación' no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir la desviación del poder..."²⁹⁰. Advertencia ésta que se constituiría en una constante hasta la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984, no obstante las precisiones que se efectuaron en la que consideramos cuarta parte de esta evolución.

A pesar de los adelantos logrados por la jurisprudencia en los años de 1961 y 1962, en el año 1969 volvió la Corporación a introducir fundamentales variantes a sus pronunciamientos sobre la materia. Evidentemente, en providencia de sala plena de lo contencioso administrativo -fue precisamente de sala plena esta sentencia en razón al cambio de jurisprudencia que contenía-, el veinticinco de agosto de 1969, se sostuvo por el Consejo de Estado la clara diferencia existente entre la falsa motivación y la desviación de poder, aunque en nuestro concepto no delimitó verdaderamente ambas causales, subsistiendo la falta de autonomía de la falsedad causal, la cual continuó basándose en la desviación de poder. Es más, en esta providencia la Corporación llega a sostener un hecho evidente: "... observa la sala que no existe norma legal alguna que establezca concretamente, como causal de nulidad del acto administrativo, su falsa o errónea motivación..."²⁹¹, lo que permitía aún más ligar en esta esencia los dos fenómenos.

Por otra parte, el Consejo de Estado adopta un criterio subjetivo en la interpretación de la falsa motivación, que lo lleva a la indubitabile

290. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia del 14 de septiembre de 1961, C.P. Ricardo Bonilla Gutiérrez, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXIII, núms. 392 a 396, pp. 308 y ss., 1961.

291. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de agosto 25 de 1969, C.P. Andrés Holguín, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXVII, núms. 423-424, segundo semestre, pp. 150 y ss.

conclusión, que ya habíamos advertido: la de terminar asimilando fenómenos de falsedad en los motivos a los de desviación de poder. Si analizamos los hechos que indujeron a este pronunciamiento del Consejo de Estado, entenderemos con mayor claridad las observaciones indicadas.

El día 17 de noviembre de 1964, el gerente de la Empresa Colombiana de Aeródromos -ECA-, mediante la Resolución No. 1997, declaró insubsistente el nombramiento que se le había hecho para el cargo de radio-operador de segunda categoría, de la sección de comunicaciones de dicha empresa, en la estación de radio del aeropuerto de Palanquero, al señor N.N.; se le argumentó, por parte de la administración en la parte motiva del mentado acto, que procedían a dicha destitución en razón a que la mencionada estación radial habría de ser cerrada.

El sujeto pasivo de esta resolución, mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción -hay restablecimiento del derecho- demandó la nulidad del pronunciamiento administrativo y solicitó su reintegro al cargo que venía desempeñando, fundando la querella en la causal de falsa motivación, en razón a que era un hecho cierto que se estaba aportando de manera legal al proceso, que la estación de radio del aeropuerto de Palanquero desde su establecimiento en el año de 1956, hasta la fecha de presentación de la demanda, no había sido cerrada; es más, no esperaba su cierre por parte de la administración. El tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante providencia de diciembre 14 de 1967, desató la litis planteada resolviendo las pretensiones a favor del demandante.

Consideró el tribunal de instancia que:

...tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción, como era el señor N.N. la E.C.A., habría podido destituirlo haciendo uso de la correspondiente facultad legal pero que, habiendo aducido un motivo inexacto, para hacer la destitución, incurrió en grave falta, constitutiva de fenómeno de la "falsa motivación", que acarrea la nulidad del acto respectivo...

Como se observa, la situación fáctica argüida por la ECA, en los motivos del acto, reñían con la verdad real demostrada jurisdiccionalmente. Esta situación objetivamente considerada debió conducir sin duda a una falsa motivación, por lo que creemos que tanto la demanda como la sentencia de primera instancia estaban certeramente acompañadas de la lógica requerida para el caso.

No obstante la claridad del asunto, la opinión del Consejo de Estado, como lo decíamos, fue otra. Acudió al criterio intencional o subjetivo de la administración pública para analizar una situación, en nuestro concepto, eminentemente objetiva. Dijo la Corporación en aquella oportunidad:

... cabe hacer, de este modo, una importante distinción, una cosa es la falsa motivación del acto y otra, muy distinta, la desviación del poder público. Esta desviación por parte del funcionario, conduce a veces, pero no siempre a una falsa motivación del acto gubernativo. El elemento que debe llevar a la anulación del acto no es tanto la falsa motivación como la desviación de poder. Por ello, lo esencial, en un caso como el de autos, no es si hubo o no falsa motivación sino, más bien, si hubo una evidente desviación del poder público, que condujo al funcionario a motivar falsamente su providencia. Por ello, es indispensable, en cada caso concreto, analizar los motivos determinantes del acto, para llegar a concluir si hubo o no desviación de poder y si, por lo mismo el acto debe ser anulado...

... Cree la sala que es necesario determinar, en cada caso concreto, cuál fue el origen de la falsa o errónea motivación; precisar si ella es un simple pretexto de la administración para tratar de dar la apariencia de validez a un acto que, de otra manera sería claramente ilegal; e indagar cuáles han sido los motivos reales de la decisión adoptada mediante el acto que se acusa...²⁹².

292. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de agosto 25 de 1969, C.P. Andrés Holguín, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXVII, núms. 423-424, segundo semestre, pp. 150 y ss.

Esta tendencia, con variaciones en algunos casos, ha sido la línea seguida por la Corporación, por lo menos hasta 1984, en que con fundamento en el Decreto 01 de ese año, que hemos transcrito, otorga autonomía a la causal y la aparta de la forzosa vinculación que de ella se hacía con el desvío de poder, en vigencia del artículo 66 de la Ley 167 de 1941.

No obstante este criterio predominante en algunas oportunidades, la corporación en casos especiales, ha adoptado el criterio objetivo; en este sentido, tenemos las sentencias de diciembre 3 de 1975 y mayo 9 de 1979²⁹³.

En vigencia del decreto 01 de 1984, la evolución de la causal ha sido diferente. El Consejo de Estado ha indicado que desde el punto de vista sustancial del alcance de la causal para que, "...una motivación pueda ser calificada "falsa", para que esa clase de ilegalidad se dé en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada..."²⁹⁴.

6. VICIOS REFERENTES A LA FINALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Según lo exponíamos al referirnos a los elementos esenciales del acto administrativo, toda actividad de la administración pública debe pretender necesariamente la satisfacción de los intereses públicos,

293. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de diciembre de 1975, C.P. Alvaro Pérez Vives, *Anales del Consejo de Estado*, 1975, segundo semestre, tomo LXXXIX, núms. 447-448, p. 307; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de 9 de mayo de 1979, C.P. Samuel Buitrago Hurtado, *Anales del Consejo de Estado*, tomo XCVI, p. 450.

294. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Sentencia de junio 21 de 1989, C.P.: Alvaro Lecompte Luna.

fines públicos o necesidades públicas, o comunales, para las cuales no sólo está instituida, en general, la administración, sino también aquellas concretas para las que ha sido creado el órgano o autoridad y que indubitadamente se encuentran plasmadas en algún grado en sus competencias^{294A}. Precisamente, y en esto está de acuerdo en su mayoría la doctrina, la determinación de la finalidad administrativa se concluye de manera general y específica del estudio de la normatividad legal que regula el actuar estatal y concreto del órgano que profiere el acto administrativo.

La finalidad entendida dentro de una concepción amplia, no es más que una proyección teleológica del contenido de la acción administrativa; es el objetivo que se debe alcanzar cotidianamente por el Estado.

La finalidad, señala Marienhoff, "...debe ser prevista por la norma para efectos del respectivo 'objeto' o 'contenido'. Debe ser una finalidad verdadera, no encubierta, ni falsa, ni distinta a la correspondiente al 'objeto' o 'contenido', del acto. En caso contrario, habría una 'desviación del poder', que viciaría el acto..."²⁹⁵. En consecuencia, las autoridades deberán actuar prescindiendo de toda idea extraña a la de un buen servicio público. Esta idea de bienestar general, no obstante, no es clara, indica Sayaguez, "...varía de un servicio a otro. La determinación debe hacerse en cada caso de conformidad con las reglas establecidas

^{294A}. Caldera Delgado, Hugo., *Op. cit.*, *supra* nota 270, p. 149. Señala el profesor chileno que: "... no nos merece duda alguna que la administración deba actuar, jurídicamente, con miras a un fin público de interés general o de bien común, pero esta finalidad pública que es genérica para la administración en su conjunto es, sin embargo, específica para cada uno de los servicios que la integran. En efecto, cada servicio no sólo debe actuar dentro de competencia o atribuciones, sino que debe, conjuntamente con dichas exigencias, actuar con miras al logro del fin específico para el cual fue creado, es decir, dentro del contexto de su cometido propio, de la necesidad pública para cuya satisfacción fue creado o que, luego de su creación, le fue asignado..." Discrepa no obstante este autor de la tesis por nosotros expuesta respecto del fin específico de cada una de las autoridades, en cuanto que considera que en las competencias no se encuentran los fines; esta posición, señala: "...adolece de un serio error de apreciación o de perspectiva; ... La competencia o conjunto de atribuciones conferida a un órgano administrativo, no es sino un medio a través del cual dicho órgano podrá obtener el logro de sus fines..."

²⁹⁵. Marienhoff, Miguel S. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 344.

por el legislador..."²⁹⁶. En derecho colombiano, como lo indicamos al referirnos al elemento finalístico del acto administrativo, la Constitución Política es prolija en acercamiento a las finalidades del Estado. Los arts. 2, 123 inc. 2, y 209 Constitucionales, son ejemplos típicos del carácter teleológico del Estado. De aquí que el problema lo habiéremos tratado igualmente al referirnos a la legalidad finalística que debe dominar toda manifestación de voluntad estatal. Dentro de este contexto, consideramos que como vicio propio de este elemento, la doctrina ha elaborado la llamada desviación de poder, la cual se encuentra consagrada en el ordenamiento positivo como una de las causales de nulidad del acto administrativo (artículo 84, inciso 2, del Decreto 01 de 1984).

7. EL DESVÍO DE PODER

Consideramos conveniente, antes de proceder al estudio de esta causal de anulación, hacer una importante aclaración respecto de su aplicación tratándose de los llamados actos reglados y discrecionales. El desvío de poder procede en el caso de cualquier clase de actos; no hacemos la diferenciación de actos reglados y discrecionales, en razón a que consideramos que dentro de la estructura de un Estado de derecho, toda actuación debe sustentarse sobre una base legal.

Sayaguez Laso, reaccionando precisamente contra algún sector de la doctrina que sustentaba esta concepción, de la improcedencia de desvío de poder frente a los actos discrecionales, señala que: "...La teoría de la desviación de poder se extiende a toda clase de actos, cualquiera sea la discrecionalidad de la administración, porque ésta siempre se halla sujeta a límites..."²⁹⁷.

Los defensores de este tipo de limitante al desvío de poder, obedecen en su formación a las clásicas y superadas concepciones de la discrecionalidad y de lo reglado que, como estudiábamos, no tienen

296. Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 448.

297. Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, p. 452.

razón suficiente dentro de las actuales estructuras ideológicas del Estado. Fiorini, Alvarez-Gendin, Cretella Junior, entre otros, señalan que este vicio "... se encuentra excluido de los actos provenientes de facultades regladas y se presenta en aquellos que provienen de la discrecionalidad de la administración pública..."²⁹⁸. Los defensores de este tipo de limitante al desvío del poder también se fundamentan, de manera errada, en la confusión del carácter subjetivo de ambas figuras. Pretenden entender que el control que ejercen los organismos competentes sobre el acto administrativo en los eventos en que se argumente un desvío de poder, se realiza de manera independiente sobre ese elemento volitivo, dejando a un lado la importancia de la determinación de los fines, de la noción teleológica contemplada en el ordenamiento. Los fines a cumplirse por la administración se encuentran indubitadamente estipulados en la ley.

Confirman nuestras apreciaciones los profesores García de Enterría y Fernández, señalando precisamente, que: "...la primera reducción del gran dogma de la discrecionalidad se opera... observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación del control sobre los mismos...". Este control se realiza mediante una nueva técnica desarrollada por el Consejo de Estado francés, según la cual: "...toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente... por la norma que atribuye la potestad de actuar..."²⁹⁹.

Por su parte, el profesor Marienhoff, refutando a Martínez Useros, es como siempre claro al establecer los motivos justificantes de la no limitación de la causal de anulación por desvío de poder. El desvío de poder -señala-, de ninguna manera limita las potestades de la administración pública; lo que dicho medio establece es un impedimento justificado a la arbitrariedad, manteniendo las actuaciones de la administración por los senderos de la juridicidad³⁰⁰.

298. Fiorini, Bartolomé A. *Op.cit.*, p. 516.

299. García Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 393.

300. Marienhoff, Miguel S, *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 539.

Concepto y naturaleza de la desviación de poder

Se estructura el vicio por desviación de poder en aquellos eventos en los que la administración, utilizando sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho correspondiere de manera general, o a dicha autoridad en particular. En consecuencia y repitiendo, la idea general de la doctrina, constituye desvío de poder: “el ejercicio de las potestades administrativas con fines diferentes a los fijados por el ordenamiento jurídico”. Se caracteriza, por lo general, esta modalidad de irregularidad, en el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia extrema de legalidad; la administración procura que su manifestación sea en apariencia legal; no es objetable, ni por incompetencia, ni por problemas de forma o procedimiento, mucho menos por vicios en el objeto. Eventualmente podría ir acompañada de una falsa motivación, dentro del contexto que ya hemos explicado.

Como lo indica Duque Pérez, “hay desviación de poder cuando el órgano administrativo, obrando dentro del campo de sus atribuciones y respetando las formas establecidas en la ley, toma una decisión administrativa, con un fin contrario e incompatible al fin previsto en las normas genérico específico”³⁰¹.

Por lo que respecta a su naturaleza, ésta, a diferencia de los motivos y otros elementos del acto administrativo, es estrictamente subjetiva. Su *iter desviatorio* se produce en el interior, no propiamente de la administración, sino de aquellas personas naturales que llevan su representación. Razón ésta que hace que su estudio y juzgamiento deban penetrar las barreras de lo objetivo o formal y situarse en la esfera volitiva de la autoridad, como dice Vedel, en la subjetividad del autor del acto. Esto es así, si tenemos en cuenta que lo que ha predominado al producirse un acto viciado de esta manera es la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración. Por lo que resulta lógico ubicar e identificar dicho oculto querer para poder, de manera satisfactoria,

301. Duque Pérez, Jairo E. *Op. cit.*, p. 145.

compararlo con la verdadera finalidad de servicio público, que es la que debe orientar toda actuación administrativa y dictaminar, sin lugar a errores, la magnitud de la desviación del poder público, que sea cual fuere, causará indubitablemente la nulidad del acto que la contenga.

Sostiene Marienhoff que la violación de la finalidad del acto administrativo "...Se particulariza fundamentalmente por trasuntar un contenido o elemento subjetivo psicológico, caracterizado por la voluntad -generalmente encubierta o disimulada- de lograr determinado 'fin'; ..." ³⁰².

Modalidades y motivos de la desviación de poder

Las modalidades y motivos de la desviación de poder pueden ser de las más variadas connotaciones; no obstante, para efectos de teoría general, podemos afirmar que las primeras dependen de las segundas de la siguiente manera: por regla general, la desviación se produce cuando se persigue un fin distinto a aquel fijado en la norma de derecho, razón por la cual, *ab initio*, podemos indicar que esta violación puede ser de dos clases: Por desconocimiento de la finalidad general del ordenamiento; es decir, cuando la autoridad administrativa, al actuar, busca un fin diverso al del servicio público, y por desconocimiento de la finalidad específica atribuida a la autoridad administrativa particularmente. En este segundo evento, el funcionario público, al proferir el acto administrativo, se ha inspirado en fines diversos a aquellos concretos, específicos y determinados, cuya consecución le ha sido conferida por la ley. Estas dos modalidades pueden producirse por muy diversas causas, que en nuestra opinión no pueden sectorizarse en uno u otro grupo y constituyen una variedad genérica, aplicable tanto a violaciones de la finalidad general o particular. Podemos, en consecuencia, considerar como motivos generantes de la desviación de poder los siguientes:

-El interés personal: dentro de esta modalidad debemos ubicar todas aquellas actitudes desviatorias de la finalidad del acto inspiradas en

³⁰². Marienhoff, Miguel S. *Op. cit.*, p. 537.

consideraciones políticas, ideológicas, religiosas, de amistad o enemistad, en actitudes ilegales o de desconocimiento tanto de la ley, o de fraude a ésta, de favorecimiento a terceros o a grupos determinados, etcétera; todas éstas emanadas del sujeto actor del acto administrativo.

-El interés administrativo diverso al señalado en el ordenamiento. En estos eventos el funcionario desvía su actuación, no ya en fines de naturaleza personal, sino en interés de la misma administración, pero desconociendo tanto los marcos teleológicos generales o los particulares, que hacen de sus manifestaciones de voluntad actos administrativos viciados en razón a un claro desvío de poder.

Aspectos probatorios del desvío del poder

Es acorde la doctrina en señalar el estricto carácter subsidiario o residual de la desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos; es decir, que antes de entrar a considerar un posible vicio de esta categoría, corresponde al impugnador estudiar la posibilidad de estructuración de una cualquiera de las modalidades de irregularidad estudiada con anterioridad; supone, consecuentemente, el desvío de poder, desde el punto de vista externo del acto, el que recaiga sobre uno con perfección total.

Se señala precisamente como un fundamento lógico de este carácter secundario del desvío de poder, la dificultad que genera demostrar esas ocultas razones y finalidades que persigue la administración al desconocer la función teleológica del poder público y de la administración. Resulta, por ende, adecuado un completo análisis de la manifestación voluntaria de la administración antes de proceder a argumentar una desviación de poder.

La prueba de la desviación de poder es uno de los problemas de más difícil resolución, tanto para el que alega esta modalidad de vicio como para los jueces a quienes corresponda realizar la labor controladora de este tipo de anomalías. Escribe precisamente Cretella Junior que: "... la prueba es difícil en la mayoría de los casos;

imposible en otros, porque el administrador que actuó de mala fe, procura disimular su actuación, envolviéndola con un manto inatacable de legalidad..."³⁰³.

Evidentemente, la dificultosa tarea que implica probar una desviación de poder ha hecho que la jurisprudencia admita, pretendiendo no dejar un acto así viciado por fuera de su control, como prueba de la anormalidad aquella que le forme suficiente convicción, así no se trate de pruebas directas. En consecuencia, en la actualidad es perfectamente normal fundamentar el acervo probatorio de una desviación de poder con pruebas indirectas, de indicios, hechos verdaderos de los que se pueden inferir por el Juez conclusiones lógicas, lo mismo que la convicción de que el agente administrativo actuó desviadamente. Esta argumentación resulta ser de orden práctico y de manera general, si entendemos que la prueba por excepción, como es el indicio, se ha convertido en razón a las necesidades en la norma genérica.

No obstante estas apreciaciones en el derecho contencioso administrativo colombiano, se acepta cualquier tipo de medio probatorio con el fin de demostrar las afirmaciones que se hagan en la demanda o su contestación. Indica el artículo 168 del Código Contencioso administrativo que serán admisibles en los procesos ante esta jurisdicción, los medios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil tales como: declaración de parte, el juramento, el testimonio de tercero, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez, siempre y cuando resulten compatibles con las normas del Código Contencioso.

De esta forma, el juez contencioso administrativo está en la obligación de valorar cualquiera de los anteriores medios que se le aporten; no obstante, reiteramos lo dificultoso que resulta en la práctica demostrar una desviación de poder por uno de estos caminos directos. El Consejo de Estado, analizando precisamente la problemática probatoria frente a este tipo de causal de nulidad, ha indicado lo

303. Cretella Junior, José. *Op. cit.*, *supra* nota 270, p. 80.

siguiente: "....cuando se alega desviación de poder debe llevarse al Juez la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la Administración para proferir el acto enjuiciado, no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca, es diverso del que naturalmente hubiera podido producir, si la decisión se hubiere proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan..... quien pretenda esa declaratoria está obligado a aportar tales pruebas para que el Juez del conocimiento no tenga la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido, el agente de la administración que lo produjo, no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que, por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa, para que obtuviera como resultado, una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la ley...."³⁰⁴. El derecho francés, inicialmente, fue especialmente severo en la aceptación de medios probatorios, exigió que la prueba resultara del texto del acto o del examen de las piezas integrantes del expediente en el que se profirió el acto. Pellicer Valero, comentando esta exigibilidad probatoria del Consejo de Estado francés, señala que:

...de hecho, la jurisprudencia es bastante exigente para estimar este medio. Mientras la noción de prueba es, generalmente, manejada con mucha flexibilidad -discreción, se podría decir-, por el juez administrativo que sigue un proceso inquisitivo, cuando se trata de desviación de poder exige, por el contrario, que la prueba sea aportada por el recurrente o resulte de manera cierta de los autos...³⁰⁵.

Dentro de esta idea de prueba indirecta, la doctrina ha planteado una serie de hechos que, demostrados en el proceso, pueden dar pie a que se infiera un desvío de poder y se produzca consecuentemente su

304. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sesión II. Sentencia de agosto 31 de 1988, C.P.: Clara Forero de Castro.

305. Pellicer Valero, Jesús-Agustín. *Op. cit.*, *supra* nota 233, p. 12. Agrega este tratadista que esto es así en razón "... a la necesidad de averiguación subjetiva de la intención: no se deben sospechar *a priori* las intenciones, y mientras no se pruebe lo contrario, la administración debe gozar de la presunción de haber actuado en interés del servicio que tiene a su cargo..."

declaratoria. A estas situaciones las denomina el profesor Cretella Junior: "síntomas denunciadores del desvío de poder", y consisten en aquellos indicios que pueden indicarnos la distorsión del fin que la administración ha producido en un acto administrativo. Son los siguientes³⁰⁶:

-La contradicción del acto con actos o medidas posteriores. Ejemplo típico lo señala Vedel ³⁰⁷, en el caso de la autoridad que ha rehusado conceder una licencia para un laboratorio farmacéutico de nueva creación, y en los meses siguientes concede dos licencias nuevas a otros peticionarios sin haberse modificado las necesidades de la población;

-Contradicción del acto con actos o medidas anteriores. Señala Cretella³⁰⁸, como ejemplo de esta situación, el hecho de que se declare insubsistente a un funcionario por mal rendimiento o incapacidad, cuando días antes le eran confiados encargos delicados, de confianza y sobre el resultado de los cuales recibió manifestaciones de satisfacción por parte de sus superiores.

-Motivación excesiva. Puede ésta ser tomada como un indicio de que la administración pretende defenderse *a priori*, justificando fuera de lo normal su actuación;

-Injusticia manifiesta. Consiste en el gravamen impuesto al interés privado, sin la suficiente razón de interés público; en otras palabras, es la falta de equidad del acto administrativo para con el administrado;

-Disparidad de tratamiento. Ante situaciones fácticas iguales, adopta la administración medidas contradictorias;

306. Cretella Junior, José. "Síntomas...", *Op. cit.*, *supra* nota 270, pp. 81 y ss.

307. Vedel, Georges. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 512.

308. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, sentencia de septiembre 13 de 1968, C.P. Hernando Gómez Mejía, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXV, núms. 419-420, segundo semestre de 1968, pp. 290 y ss.

-Las presiones sobre el funcionario administrativo que después de una manifestación pública adopta una decisión en el sentido de la presión ejercida, etcétera.

Evolución del desvío de poder en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Nuestra jurisprudencia, incluso con anterioridad a la vigencia del artículo 66 de la Ley 167 de 1941, ha venido aplicando la desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos. En rasgos generales, el Consejo de Estado ha aceptado el carácter subjetivo de la figura, lo mismo que su dificultad probatoria. Analizaremos a continuación, en forma cronológica, algunos importantes pronunciamientos de la Corporación sobre esta modalidad de vicio.

En sentencia de septiembre de 1968, de la que fue ponente el consejero Hernando Gómez Mejía, hizo la Corporación un somero estudio del desvío de poder en nuestro país, que podemos sintetizar de la siguiente manera:

- Respecto de su evolución dijo la Corporación:

... Por el aspecto histórico, tanto en Francia como en Colombia, la doctrina de la desviación de poder surge primero en la jurisprudencia y es posteriormente consagrada por la ley. Ya desde principios de este siglo el Consejo de Estado francés utilizaba la expresión "desviación de poder" y aplicaba la doctrina para declarar nulidades; en cambio, en 1919, en la Ley de 31 de marzo sobre pensiones de guerra, se consagró por primera vez legislativamente el principio de que los actos administrativos deben ceñirse a un fin de beneficio al Servicio Público...

... la misma evolución puede apreciarse en Colombia en fallos anteriores a la Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado anuló actos administrativos por esta causal...

-Respecto de su naturaleza subjetiva, expuso el Consejo de Estado que:

"...esta causal de nulidad de los actos administrativos... constituye hoy uno de los más importantes controles de los gobernantes, ya que extiende su radio de acción al aspecto subjetivo de las actuaciones de los funcionarios y corporaciones públicas. En efecto, en las demás causales de anulación, para apreciar la validez del acto jurídico, basta un estudio objetivo del aspecto material de la actuación... En cambio, para determinar si al proferirse un acto administrativo se ha actuado con desviación de poder del respectivo funcionario, es necesario entrar en el aspecto subjetivo, psicológico, al estudio de los fines perseguidos por el respectivo agente para determinar si ellos se ajustan o no al espíritu de la ley...".

En providencia de septiembre de 1973, la Corporación resaltó el aspecto finalista del acto como el campo donde se configuraría este tipo de vicios, dijo en aquella oportunidad el Consejo que: "...cuando el acto se impugna por esta razón, la acusación no se plantea por violación directa e inmediata de una norma de derecho positivo propiamente, sino por violación del postulado básico del Estado de derecho que pudiera enunciarse así: el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad..."³⁰⁹.

En sentencia de Sala plena de lo contencioso administrativo de septiembre de 1975, la Corporación precisó los conceptos y elementos propios de la desviación de poder. Dijo el Consejo, entre otras cosas, invocando a Hauriou: "...el desvío de poder está constituido por los hechos de una autoridad administrativa que observando las formalidades requeridas y realizando un acto de su competencia *Ratione Personae*, y no violando la ley, usa de su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se le confirió..."³¹⁰.

En vigencia del Decreto 01 de 1984, la jurisprudencia del Consejo de

309. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de septiembre 11 de 1973, C.P. Rafael Tafur Herrán, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXXV, núms. 439-440, segundo semestre, 1973, p. 230.

310. Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, sentencia de septiembre 30 de 1975, C.P. Gustavo Salazar Tapiero, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXXIX, núms. 447-448, segundo semestre, 1975, p. 500.

Estado, ha mantenido la determinación subjetiva de la desviación de poder y reafirma las características que hemos enunciados en los anteriores fallos. En providencia de 1988 indicó la Corporación que el desvío de poder se presenta "...cuando el agente administrativo realiza un acto, que cabe dentro de sus atribuciones; observa todas las formalidades prescritas por la ley; el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores; pero al proferirlo se han tenido en miras motivos distintos de aquellos para los cuales se confirió el poder... así, pues, tanto la doctrina francesa, que erigió la desviación de poder como una de las cuatro grandes causales de anulación de un acto administrativo por exceso de poder, como la colombiana, que la ha acogido con algunas variantes, igual que la jurisprudencia del Consejo de Estado, recalcan que dicha situación se presenta en el caso anteriormente expuesto. Las atribuciones o poderes otorgados a los funcionarios o corporaciones deben siempre ejercerse en razón del interés general del buen servicio público; el poder ejercido con fines distintos, es un poder torcido o desviado de sus propios fines. (Sentencia del 13 de septiembre de 1968, sección 4a.; Consejero Ponente Dr. Hernando Gómez Mejía; también puede citarse la sentencia del 11 de septiembre de 1993, Sección I C.P.: Dr. Rafael Tafur Herrán; sentencia del 8 de marzo de 1994, Sección I C.P.: Carlos Galindo Pinilla..."³¹¹).

311. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Sentencia del 13 de agosto de 1988, C.P.: Alvaro Lecompte Luna.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, NICOLA, *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

ACOSTA ROMERO, MIGUEL. "La unilateralidad del acto administrativo en el derecho mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 112, enero-abril de 1979, tomo XXIX

ALDANA DUQUE, HERNÁN GUILLERMO. "Inexistencia, ineficacia y nulidad de los actos administrativos", *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, SDE.

ALESSANDRI BESA, ARTURO. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1949.

ALESSI, RENATO. *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, tomo I, Casa Editorial Bosch, 1970.

ANDUEZA, JOSÉ GUILLERMO. *El derecho de petición en la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, vol. IV. 1980.

ARGAÑAS, MANUEL J. *Tratado de lo Contencioso administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editoria Argentina, 1955.

ARRUBLA PAUCAR, JAIME. "El acto administrativo en el nuevo Código", *Revista de la Facultad de Derecho y ciencias Políticas*, Medellín, núm. 66, Universidad Pontificia Bolivariana, julio-septiembre de 1984.

ALVARES - GENDIN, SABINO. *Tratado general de derecho administrativo*, tomo I, Bosch Casa Editorial, 1958.

BETANCUR JARAMILLO, CARLOS. *Derecho procesal administrativo*, Medellín, Señal Editora, 1985.

BETTI, EMILIO. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1975.

——— *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

BEUTEL, FREDERIK G. "Kelsen y la filosofía del derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 21, septiembre-diciembre de 1976.

BOQUERA OLIVER, JOSÉ MA. *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, 1984.

CALDERA DELGADO, HUGO. "El control de la desviación del fin en el acto administrativo", *Revista de Derecho*, Concepción, núm. 165, enero-diciembre de 1977.

CANASI, JOSÉ. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, vol. IOI Ediciones Depalma, 1976.

CARREJO, SIMÓN. *Derecho civil*, Bogotá, tomo I, Editorial Temis, 1972.

CARRETERO PÉREZ, ADOLFO. "La teoría de los actos separables", *Revista de administración Pública*, Madrid, núm. 60, enero-abril de 1970.

CARRO MARTÍNEZ, ALBERTO. *La organización de la administración española y el artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo; Procedimiento administrativo español y la doctrina científica: antología de textos 1958 - 1970*, Madrid, 1972.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, tomo II, Abeledo Perrot, 1982.

CRETELLA JÚNIO, JOSÉ. *Curso de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, Companhia Editora forense, 1967.

——— "Síntomas denunciadores de Desvíode Poder", *RevistadaFacultad de Dereito de São Paulo*, vol. LXXI, 1976.

DE GASPERI, LUIS. *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, vol. I, Depalma, 1945.

DE VILANOVA MONTEIRO LÓPEZ. TOMÁS. "A execucao forçada do ato administrativo unilateral", *Revista do Servico Público*, Río de Janeiro, vol. 80 núm. 3, setembro 1958.

DÍAZ PALOS, FERNANDO. *Dolo penal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial,

DÍEZ, MANUEL MARÍA. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, tomo II. Editorial Plus - Ultra, 1976.

——— "Actos administrativos", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo I.

——— *El acto administrativo en la Ley 19. 549*, Buenos Aires, Editorial, Plus - Ultra, 1975.

DROMI, JOSÉ ROBERTO. *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astra, 1973.

EILER RAUCH, SARA. *De la formación del consentimiento en los contratos*, Santiago, Editorial Nacimiento, 1935.

ESTRENA CUESTA, RAFAEL. *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1971.

ESCOLA, HÉCTOR JORGE. *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975.

FIORINI, BARTOLOMÉ A. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, tomo I, Abeledo-Perrot, 1976.

FORSTHOF, ERNST. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRAGA, GABINO. *Derecho administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1986.

GALLO DE POMPONE, CELIA E. *La voluntad en el acto administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus-Ultra, 1975.

GAUDEMET, EUGENE. *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1984.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, Madrid, tomo I, Editorial Civitas, 1980-1982.

GARCÍA OVIEDO, CARLOS Y ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS. *Derecho administrativo*, Madrid, tomo II, EISA, 1968.

GARCÍA TREVIANO FOS, JOSÉ ANTONIO. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomos I y II, 1968.

GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, vol. I, 1970.

GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO. *La prueba en el procedimiento administrativo; procedimientos administrativos especiales*, Madrid, vol. II 1969.

—El procedimiento administrativo; procedimiento administrativo español y la doctrina científica; antología de textos, 1948-1970, Madrid, 1972.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella Editores, 1964.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, MIGUEL. *Derecho procesal administrativo*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1984.

—*Derecho contencioso administrativo*, Bogotá, Ediciones de Cultura Latinoamericana.

GORDILLO, AGUSTÍN. *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

HAURIUO, ANDRÉ Y OTROS. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Editorial Ariel, 1980.

JOSSEMAND, LOUIS. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*. Puebla, México, Editorial José Ma. Cajicá, 1946.

——- Cours de Droit Civil Positif Francais, Paris, Ed. Recueil - Sirey, tomo I, 1939.

KELSEN, HANS. *Teoría general del Estado*, México, Editorial Nacional, 1979.

LOPEZ-NIETO Y MALLO, FRANCISCO. *El procedimiento administrativo*, Barcelona, José Ma. Bosch, 1960.

LLAMBIAS Y JORGE JOAQUÍN. *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1953.

MADRID- MALO, MARIO. *Código contencioso administrativo*, Bogotá, Editorial Legis, 1985.

MAGGIORE, GIUSEPPE. *Derecho penal*, Bogotá, tomo II Editorial Temis, 1955.

MARIENHOFF, MIGUEL S. *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, tomos I y II Editorial Abeledo Perrot, 1982.

MARTÍN - RETORTILLO, L. "Actos administrativos generales y reglamentarios", *Revista de Administración Pública*, núm. 40, enero-abril de 1963.

MERKL, ADOLFO. *Teoría general del derecho administrativo*, México, Editorial Nacional, 1975.

MOLES CAUBET, ANTONIO. *Introducción al procedimiento administrativo*, Caracas, Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración, 1981.

MOVILLA ALVAREZ, CLAUDIO. "Presupuestos políticos de la jurisdicción contenciosa administrativa", *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, Segovia, núm. 43, enero-abril de 1976.

NAVA NEGRETE, ALFONSO. "La nulidad de los actos administrativos", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 5, julio de 1973.

OELKERS CAMUS, OSWALDO. "Notas a la potestad discrecional de la administración pública", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 66, 1977.

OLGUÍN JUÁREZ, HUGO A. *Extinción de los actos administrativos; revocación, invalidación y decaimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961.

PELLICER VALERO, JOSÉ AGUSTÍN. *El desvío de poder en el derecho comparado europeo*, Madrid, Reus. S.A., 1966.

PONTES FILLHO, VALMIR. "O controle Jurisdiccional dos atos administrativos", *Revista de Procuraduria Geral do Estado de São Paulo*, num. 18, junho 1981.

PUGLIATTI, SALVADOR. *Introducción al estudio de derecho civil*, México, Porrúa Hnos. 1943.

RAZ, JOSEPH. *La autoridad del derecho; ensayo sobre derecho y moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

REAL, ALBERTO RAMÓN. "La fundamentación del acto administrativo". *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, Bogotá, núm. 522, mayo - julio de 1983.

RIEG, A. *La voluntad en la formación de los actos jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1965.

RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1981.

RUIZ SERRALAMERA, RICARDO. *Derecho Civil, el negocio jurídico*, Universidad Complutense de Madrid, 1980.

SANCHEZ AZCONA, JORGE. *Normatividad social, ensayo de sociología jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

SAYAGUEZ LASO, ENRIQUE. *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, tomo I, 1974.

TAFUR GALVIS, ALVARO. "El concepto de acto administrativo en el nuevo Código", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, núm. 65, Universidad Pontificia Bolivariana, abril-junio de 1984.