

ENSAYO JURÍDICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

TEORÍA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO: EL PERFECCIONAMIENTO, LA EXISTENCIA, LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DEL ACTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NULIDAD, LA REVOCATORIA Y LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS JURÍDICOS

Por:

Libardo Orlando Riascos Gómez

Doctor en Derecho

Lriascos@udenar.edu.co

2008

ABSTRACT

Esta investigación bibliográfica, basada en fuentes escritas y fuentes electrónicas, presenta el estudio de la Teoría General y Especial del Acto Administrativo en Colombia. El Acto Administrativo es el acto normativo que por regla general lo emiten los funcionarios administrativos del Estado, a nivel nacional, departamental, distrital, municipal y corregimental; y por excepción, lo emiten los demás servidores del Estado pertenecientes a las otras ramas del poder público (legislativo y judicial), los “organismos de control” fiscal (Contraloría) y conductual o Disciplinario (Procuraduría y la Defensoría del Pueblo), los “organismos electorales” y las personas particulares cuando unos y otras funciones públicas. Finalmente, se analiza en la Teoría especial del Acto administrativo, las figuras de la nulidad, la suspensión y la revocatoria de actos.

Palabras claves: Acto normativo, Estado, Rama Ejecutiva, Poder Público, Nulidad, Suspensión y Revocatoria.

ABSTRACT

This bibliographical investigation, based on written sources and electronic sources, presents the study of the General and Special Theory of the Administrative Act in Colombia. The Administrative Act is the normative act that for general rule the administrative officials of the State emit it, at national, departmental level, distrital, municipal and corregimental; and for exception, they emit it the other servants of the State belonging to the other branches of the public power (legislative and judicial), those “control organisms” fiscal (Contraloría) and Disciplinary (Procurator of State and Defense of the Town), those “electoral organisms” and particular people when some and other public functions. Finally, it is analyzed in the special Theory of the administrative Act, the figures of the nullity, the suspension and the abrogative of acts.

Key words: normative Act, State, Executive Branch, Public Power, Nullity, Suspension and Abrogative.

CONTENIDO

SEGUNDA PARTE

NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS I

1. [LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS](#)
- 1.1. [CAUSALES DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS](#)

- 1.1.1. [Primera Causal: Violación del Ordenamiento Jurídico Superior](#)
- 1.1.1.1. Formas de violación del ordenamiento jurídico por vulneración directa de la Constitución, o por violación de las demás normas jurídicas (leyes, decretos- leyes y actos administrativos)
- 1.1.2. [Segunda causal: Violación del Ordenamiento Jurídico, por falta de competencia del funcionario u organismo emisor del acto](#)
-

DESARROLLO

11. LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En el derecho administrativo colombiano, por disposición normativa, la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, solo es posible por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desde la vigencia de la Ley 167 de 1941, luego el Decreto-Ley 01 de 1984, como en el actual Código Contencioso administrativo, siempre se ha reputado como una actividad exclusiva y excluyentemente judicial.

La jurisdicción contencioso administrativa juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones y los contratos administrativos (artículo 83 C.C.A.). En consecuencia, el Código contencioso administrativo establece también qué clase de actos administrativos son objeto de la declaratoria judicial de nulidad, cuáles son las causales *numeros clausus, taxativas o de lista cerrada* que proceden para conseguir dicha declaratoria, qué actos administrativos son recurribles ante la vía contencioso administrativa previamente agotando la vía administrativa o “gubernativa”, qué jueces individuales o colegiados son competentes para conocer de la mencionada declaratoria, según las reglas de competencia funcional, territorial, de conexión o de la naturaleza jurídica del acto; en fin, todos aquellos extremos de forma y de fondo previos, concomitantes y posteriores a la impugnación judicial de los administrativos objetivos o subjetivos.

En nuestro derecho no cabe, ni por excepción la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, en vía administrativa por parte de los funcionarios, “autoridades” o personas privadas cuando unas y otras cumplan funciones públicas (artículo 1 id.). Pese a que sí es posible la revocatoria de los actos administrativos, que en muchas ocasiones se ha querido asimilar no solo en la configuración, desarrollo y efectos a la anulación de actos, o en no pocas veces se ha asimilado también las voces “anular” y “revocar” para indicar que con ambos términos se esta identificando una misma finalidad: la extinción o desaparecimiento final de un acto administrativo. Y con estos planteamientos equívocos, se concluye que en nuestro derecho, si es posible la declaratoria de nulidad de los actos en vía administrativa aunque se disfrace de revocatoria.

Esta última circunstancia no es cierta, por las siguientes razones:

a) Si bien la revocatoria de los actos administrativos en Colombia, procede a instancia de parte interesada y de oficio por parte de la autoridad pública o estatal que emitió el acto, o por el inmediato superior (artículo 69 id.), no puede concluirse, por el hecho de que en derecho administrativo español, la revocatoria propiamente dicha (terminológica como en sus efectos) es una actividad solamente de la entidad u organismo emisor del acto y la “anulación” del acto es obra y acción del superior jerárquico cuando proceda en vía administrativa contra actos declarativos de derechos, se deba asimilar revocatoria a anulación de actos. El ius-administrativista español, *LÓPEZ BERENGUER* ha extractado unas diferencias puntuales entre revocatoria y anulación de actos ^[48]. La anulación también se presenta en vía judicial. En efecto, la anulación de los actos declarativos de derechos requerirá la declaración previa de *lesividad* para el interés público y la ulterior impugnación ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo ^[48 A].

b) La Revocatoria de actos como forma de retirar un acto de la vida jurídica por parte de la propia administración pública, en sede administrativa, no puede asimilarse a la nulidad de actos como

forma de extinción del acto del ordenamiento jurídico, en sede judicial o contencioso administrativo. En consecuencia, revocar equivale a sacar de la vida jurídica un acto mediante otro acto que lo revoca; en cambio, anular equivale a extinguir un acto mediante otro acto de naturaleza jurisdiccional, llamado sentencia.

c) Si bien la revocatoria como la nulidad de actos administrativos procede previos estar incursos en unas causales *numeros clausus o taxativas*, y aún tener la misma causal primera igual para una y otra figura jurídico administrativa, no se puede sostener que el control de legalidad y constitucionalidad que ejerce la propia administración y la jurisdicción contencioso administrativa sea idéntico. En efecto, las causales para revocar los actos son: 1. Violación del ordenamiento jurídico, 2. Desconocimiento del interés público o general o que atente contra él, y 3. Causar grave perjuicio a una persona (artículo 69 id.). Las causales para la nulidad del acto, son: 1. Violación del ordenamiento jurídico, 2. Falta de competencia, 3. Emisión irregular del acto, 3. Falsa motivación del acto, 4. Desviación de poder, 5. Falta del derecho de audiencia o defensa.

El control de legalidad y constitucionalidad en la revocatoria lo realiza la misma autoridad que profirió el acto o el inmediato superior y aunque parece existir una actividad controladora de “juez y parte” cuando la revocatoria la realiza el mismo funcionario, debe distinguirse entre la revocatoria a instancia de parte, en donde no habría tal planteamiento, de la revocatoria *ex officio* donde alguna sombra de duda si quedaría, pero que se desvanece porque el funcionario tiene una función constitucional (artículos 6, 122 a 125, constitucionales) y legal (artículos 1 a 3 y 75 y 209 del C.C.A.) que sirven de equilibrio, autonomía e imparcialidad en su actuación auto-revocatoria del acto. En la revocatoria realizada por inmediato superior, el control de revisión del acto es realizado por un tercero garante de la autonomía e imparcialidad de actuación.

d) La revocatoria del acto al ser declarada por otro acto de igual rango jurídico que desaparece del mundo jurídico al primero, tiene una vocación y efectos jurídicos hacia el futuro o *ex nunc*, puesto que el acto que revoca comienza su existencia desde el momento de su expedición y consecuentemente su eficacia jurídica. En cambio, la declaratoria de nulidad por medio de una sentencia judicial, extingue su vida jurídica desde la mencionada declaratoria, pero sus efectos jurídicos se retrotraen al instante mismo desde cuando se expidió el acto. Los efectos jurídicos son *ex tunc* o retroactivos. Por estas razones, tampoco revocar se asimila a anular un acto.

e) En el derecho administrativo español, se distingue no sólo la revocatoria de la nulidad de actos, sino también de la anulabilidad del acto. En efecto, la nulidad de los actos, a diferencia del derecho colombiano, es una actividad que puede ser decretada por la propia administración pública, por propia iniciativa o a instancia de parte, cuando se estima que los actos son “*nulos de pleno derecho*”^[49], insubsanables y relacionados por un “sistema de lista” o en forma taxativa y que afectan al acto en sus aspectos intrínsecos o de fondo, según la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y el Procedimiento Común (LRJAP y PC de 1992). Cabe la nulidad de actos en vía contencioso administrativa (artículo 102 Ley ut supra citada). La Anulabilidad del acto, que no existe en derecho colombiano en forma explícita aunque sí en forma tácita en la modalidad de revocatoria *ex officio* por el superior jerárquico, es el mecanismo judicial idóneo para la anulación de los actos administrativos por causales de nulidad relativa y subsanables por la misma administración pública, según la LRJAP y PC de 1992^[50], a través de la figura jurídica de la “convalidación”^[51]. La anulabilidad del acto procede ante la vía contencioso administrativa cuando se impugna el acto por aspectos o vicios formales en su configuración, previa declaratoria de lesividad para el interés público y cuando los actos sean declarativos de derechos. Sin embargo, la nulidad o anulación de los actos, pese a sus diferencias se identifican en cuanto a la no transmisibilidad^[52] de los efectos a los subsiguientes actos dictados con base en los actos declarados nulos o anulables.

Finalmente, la revocatoria del acto^[53] procede en sede administrativa por motivos de oportunidad, conveniencia o mérito y no por motivos de legalidad o de puro derecho con son los casos de anulabilidad y la nulidad. La revocatoria constituye el medio idóneo para impugnar los actos no declarativos de derechos y los de gravamen o sancionatorios, siempre que tal revocación no sea

contraria al ordenamiento jurídico. Igualmente se podrá revocar o “rectificar” en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

Visto lo visto, pasemos a estudiar las causales de nulidad de los actos administrativos en el derecho administrativo colombiano. Causales que tienen la particularidad de refundir los vicios e irregularidades de forma y de fondo, de no distinguir estadios de nulidad (anulables o nulos de pleno derecho), según la causal escogida; así mismo, de constituir causales de nulidad solo alegables, tramitadas y resueltas por los organismos jurisdiccionales especializados: jurisdicción contencioso administrativa.

11.1. CAUSALES DE LA NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

En nuestro derecho, *ab initio* los vicios extrínsecos en los que incurre un acto, tales como la defectuosa o irregular notificación y/o publicación de un acto administrativo no conducen a la declaratoria de nulidad por parte del órgano jurisdiccional especializado: la jurisdicción contencioso administrativa. Dichos vicios son subsanables en vía administrativa a instancia de parte o de oficio por la autoridad emisora del acto o por el superior jerárquico. La subsanación o corrección de la irregularidad o defecto, se puede hacer por mecanismos jurídico administrativos diferentes a la nulidad, tales como los recursos administrativos e incluso por la revocatoria ex oficio o a instancia de parte. Excepcionalmente, estos vicios extrínsecos del acto pueden configurar uno o varios elementos determinantes para una causal de nulidad. Es el caso, de elementos, que aún siendo de forma, afectan a la esencia del acto: ritualidades que si se omiten desconocen derechos fundamentales como el debido proceso administrativo y consecuentemente la defensa oportuna, real y garante (artículo 29, constitucional), a favor del titular, interesado o administrado. Como más adelante, veremos como el C.C.A., recoge esta excepción como una de las causales para anular los actos administrativos.

Sin embargo, por regla general, los vicios intrínsecos presentes en el inicio, la instrucción, el desarrollo y la culminación o la terminación del procedimiento administrativo que tiene por objeto la creación o configuración de un acto administrativo (objetivo o subjetivo), si constituyen base y fundamento de una o varias causales de nulidad del mismo.

Entre los autores que más se acerca a nuestra clasificación codificada --desde la Ley 167 de 1941 hasta el actual C.C.A.-- de las causales de nulidad jurisdiccional de los actos administrativos, son *MARIENHOFF Y BIELSA* ^[54], quienes elaboran una clasificación de los vicios en los que pueden incurrir el procedimiento administrativo creador de un acto administrativo, desde su inicio hasta su terminación.

El autor citado, expone que los “vicios atinentes a la expresión de la voluntad son: Error, ignorancia, violencia y dolo”. Por su parte, los “vicios atinentes a los elementos esenciales”, son: En cuanto, a los “sujetos, su competencia y la capacidad del funcionario y del administrado”. Respecto de “la causa: motivo”, el “contenido: objeto”, las “formas”, y por último, “la finalidad: Desviación de poder”.

Finalmente, en lo relativo a los “vicios atinentes a los elementos accidentales” --que pese a la definición del autor, no son ni tan “accidentales” sino elementos contingentes, unos y otros, afectan el núcleo intrínseco del acto--, expuesto por *Bielsa*, tenemos los siguientes: “Competencia”, “Requisitos para la legitimidad: 1. Voluntad generadora: error, fuerza y dolo, 2. Formación del acto, 3. Causa del Acto, 4. Forma del acto, y 5. Motivación del acto”.

En el derecho colombiano, el ius-administrativista *Libardo RODRÍGUEZ* ^[55], plantea el estudio de las causales de nulidad del acto, abordando el análisis del “principio de la legalidad”, aclarando que éste es un principio teórico, un deber ser: que las autoridades sometan su actividad (incluido los actos) al ordenamiento jurídico. En la realidad, ese deber ser, es posible que la administración lo

trasgreda o atente contra él, y por tanto, no someta su actividad a dicho ordenamiento. Se habla entonces de los actos y actividades ilegales de la administración. Aparece así la necesidad de establecer controles por parte del Estado, para evitar aquellas trasgresiones, o cuando menos se eviten, pero si no, que se implemente mecanismos para restablecer o que continúen los efectos dañosos e incluso la forma para indemnizarlos si fuere del acaso. Todo ello en aras de prevenir, preservar y garantizar el “principio de la legalidad” de todo acto o actividad administrativa del estado.

Con base en estos postulados el autor citado plantea la clasificación de las causales de nulidad del acto que coinciden con las que trae el artículo 84 del C.C.A., actualmente. La causal primera, es la que viola genéricamente ese principio de legalidad, y por ello se habla de actos ilegales. Pero a la par por esta actividad y actos ilegales, también se puede plantear formas de violar la una norma jurídica superior. Las formas más conocidas son conocidas con el nombre de causales de ilegalidad o de anulación.

Las causales de anulación de los actos en términos del autor citado son: a) Incompetencia; b) Vicios de forma y procedimiento; c) Desvío o desviación de poder; d) Ilegalidad en cuanto al objeto; e) La falsa motivación.

En el sentido anterior *Diego YOUNES* ^[56], estudia las causales de anulación de los actos, como una forma de extinción de los mismos por la jurisdicción contencioso administrativa, en “razón de su ilegitimidad”. Las causales son: a) La violación de la ley, b) la incompetencia del funcionario, c) la expedición irregular del acto, d) la desviación de poder, y e) La falsa motivación.

Jaime O. *SANTOFIMIO* ^[57], es quizá quien con mayor profundidad ha planteado el estudio de las causales de nulidad de los actos, vistas desde la “teoría de los vicios invalidantes” y más concretamente los “vicios propiamente de la legalidad”, siguiendo para ello a un gran grupo de tratadistas brasileños (Celso Agrícola), españoles (González Navarro, Alvarez-Gendín, Fraga Gabino, García de Enterría), venezolanos (Brewer Carías), alemanes (Forsthoff) y colombianos (Betancur J., Vidal Perdomo), entre muchos otros.

La Teoría de los vicios invalidantes, según el autor citado, señala y estudia las diversas 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 surge en el análisis puntual de los presupuestos de los actos administrativos o en el incumplimiento por parte de la administración de los requisitos y trámites de su voluntad. La validez depende de que concurren los elementos y requerimientos establecidos previamente en 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.

En tal virtud, el tratadista estudia las causales de nulidad de los actos, desde el punto de vista de los vicios invalidantes internos y externos del acto, previamente criticando al legislador colombiano por ubicar antitécnicamente algunos de éstos vicios en el artículo 84 del C.C.A., como si la acción de nulidad fuera el único remedio jurisdiccional para corregir los vicios de que adolece todo acto administrativo que cuenta con la “presunción de legalidad” en todo caso (acto válido, no válido, eficaz o no eficaz). Presunción que por ser *juris tantum*, es cuestionable o desvirtuable.

Entre los vicios de los elementos externos, el autor ubica, aquellos que pueden afectar al sujeto activo en su competencia (territorial, de materia, de tiempo, jerarquía horizontal, usurpación de poder, funcionario de hecho) o en su voluntad. Así mismo, se ubican aquí los vicios de forma y el desconocimiento del derecho de audiencia o de defensa (artículo 29, constitucional). En igual forma, los referidos al Sujeto pasivo y a las formalidades del acto.

En los vicios de los elementos internos, encontramos: Los vicios originados en los elementos internos del acto (por ilicitud, imposibilidad o inexistencia), vicios del motivo del acto (falsa motivación) y, los vicios de la finalidad del acto (desvío de poder).

En una especie de traducción de la teoría de los vicios a la de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A., el citado autor, las relaciona así: a) Vicios referentes a la inobservancia de normas superiores a las que debía estar sujeto el acto, b) Vicios referentes a la expedición del acto por funcionarios u organismos incompetentes, c) Vicios referentes a la expedición irregular o con violación de los procedimientos a que debía estar sujeta la formación de acto administrativo, d) Vicios por el desconocimiento del debido proceso o del derecho de audiencia o de defensa, e) Vicios referentes a los falsos motivos invocados en el acto administrativo; y, f) Vicios por desviación de poder.

En consecuencia, haremos el estudio de cada una de las causales de nulidad del acto previstas en el actual artículo 84 del C.C.A., con carácter enunciativo y no taxativo, tal como se desprende de la redacción de la propia norma, al decir que la nulidad de los actos *“procederá no sólo cuando los actos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando...”* . Más aún, se puede decir que estas son las causales genéricas de nulidad de actos administrativos, en tanto que las previstas para los procesos electorales, cuando se refiere a las *“actas de escrutinio”* (actos administrativos especiales), constituyen causales de nulidad específicas. V.gr. *“cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia”* (artículo 223 C.C.A., modificado por la Ley 96/95, art.65 y Ley 62 de 1988, artículo 17. Estatuto Electoral colombiano).

Dentro de cada una de las causales previstas en el artículo 84 id., trataremos de compendiar las posiciones doctrinales de los autores antes citados, aclarando que en el fondo tanto los tratadistas extranjeros como colombianos están de acuerdo con la teoría de la anulación del acto administrativo, por autoridades judiciales y basados en grupos de causales que afectan al acto, lo invalidan, lo ilegitiman o lo extinguen.

Las causales de nulidad de los actos administrativos son:

Primera causal: La Violación del Ordenamiento Jurídico Vigente (Constitución, Leyes, Decretos-leyes y actos administrativos nacionales, seccionales y locales).

Segunda causal: Violación del Ordenamiento Jurídico, referido a la competencia del funcionario u organismo.

Tercera causal: Violación del Ordenamiento Jurídico, referido a la expedición en forma irregular del acto, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

Cuarta causal: Violación del Ordenamiento Jurídico, referido a la falsa motivación de los actos, por inexistencia de los motivos o por inexistencia de los motivos invocados.

Quinta causal: Violación del Ordenamiento Jurídico, referido a la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los expidió

11.1.1. PRIMERA CAUSAL: Primera causal: La Violación del Ordenamiento Jurídico Vigente (Constitución, Leyes, Decretos-leyes y actos administrativos nacionales, seccionales y locales)

El Ordenamiento jurídico vigente, esta constituido por la estructura normativa jerarquizada, cuya base es la Constitución Política de 1991, rige en todo el territorio del Estado colombiano, en el tiempo y momento histórico determinado y determinable y es de obligatoria observancia y cumplimiento por parte de los particulares nacionales y extranjeros (domiciliados o transeúntes), al

igual que los funcionarios o servidores públicos. El ordenamiento jurídico vigente está compuesto por una serie de normas jurídicas que partiendo de la principal norma a la cual le deben observancia plena el resto del ordenamiento en caso de conflicto o controversia normativa, a saber: La ley como producto primigenio del Congreso de la República; los Decretos-leyes, con fuerza de ley, como resultado de facultades extraordinarias del Gobierno nacional (Presidente, Ministros y/o Directores de Departamentos Administrativos) en su calidad de legislador por excepción; y, los actos administrativos generales o reglamentarios y subjetivos o particulares de autoridades y organismos nacionales, seccionales (departamentales y distritales) y locales (municipales y corregimentales), como también los actos administrativos objetivos y subjetivos de las personas particulares que cumplen funciones administrativas (v.gr. Cámaras de Comercio, Federación de Cafeteros, Cajas de Compensación Familiar, Academias de historia, de la lengua, jurisprudencial, etc.).

La Constitución de 1991, estructura la jerarquía normativa, el respeto a la misma y la solución en caso de conflicto, cuando predispone que la “constitución es la norma de normas”, así como que “en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (artículo 4, constitucional). La construcción gradada del derecho colombiano tiene vigencia desde una norma preconstitucional que reformó el Código Civil colombiano. En efecto, la Ley 57 de 1887, en el artículo 5º, establece que “en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”. Ahora bien, si en los Códigos previstos en nuestra legislación, se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se aplicarán las siguientes reglas: a) La disposición especial preferirá a la de interés general; y, b) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad, y se hallaren en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos, preferirán por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial (o de Procedimiento Civil), Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.

“Esta es la consecuencia lógica y natural del principio de la eficacia de la Constitución como norma directamente aplicable, que obliga a todos los órganos del poder público dentro de nuestro estado de derecho, y habilita a los jueces ordinarios, dentro del marco de lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta fundamental, de remoto origen y larga tradición nacional, para no aplicar la ley en los casos concretos en los que se plantee la contradicción entre la legislación anterior y la nueva Constitución. La regulación constitucional sobre el tema del procedimiento a seguir para la elaboración de la ley, no se aplica retroactivamente, salvo mención expresa de la ley” (C.C., Sentencia C-434-92, Julio 25).

Más aún, como lo ha explicado la misma Corte Constitucional, el principio de la eficacia de la Constitución también tiene fundamento en una norma preconstitucional de características de incólumes, como la ley 153 de 1887, cuando dispone que la “Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente” (artículo 9º); y que se estima insubsistente una disposición legal “por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería” (artículo 3). En consecuencia opina la Corte: “*fluye con meridiana claridad que la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en un caso concreto*”. (C.E., Sección Primera, Sentencia de Febrero 10 de 1995).

Este análisis del Consejo de Estado, se hacía frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente de los actos administrativos, es decir, la “*contrariedad que se presenta con posterioridad a la expedición del acto, entre éste y una norma constitucional o legal que nace a la vida jurídica después de él, da lugar a su derogación, fenómeno jurídico este para el cual esta jurisdicción no está facultada constitucional ni legalmente para hacer dicha declaratoria, pues solo puede disponer la de nulidad*”. Sin embargo, como lo reconoce el mismo Consejo de Estado, la jurisdicción contencioso administrativa con base en el control de constitucionalidad y legalidad sobre el acto administrativo, tras el ejercicio de la acción de nulidad, esta preservando el principio

de jerarquía y respeto normativo previsto en el artículo 4, constitucional, cuando *“frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente dispone la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella, a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional”*.

Ahora bien, teniendo en cuenta que *“la Constitución es el eje central del ordenamiento debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado y para hacerlo es necesario su interpretación”* (C.C. ,Sentencia C-531-93, Noviembre 11), debemos observar entonces las normas pre y post-constitucionales para desentrañar su verdadero espíritu. Como normas preconstitucionales, podemos referirnos al C.R.P., y Mpal, que estructura el principio de legalidad, la jerarquía gradada de las normas jurídicas (basado en las legendarias teorías de A. Merkl y Hans Kelsen), y específicamente de los actos administrativos. En este sentido el artículo 240, hace referencia al orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales, así:

La ley, el reglamento ejecutivo y la orden superior. En el orden departamental: Las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del Gobernador y las órdenes de los superiores. En el nivel municipales: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del Alcalde y las órdenes superiores.

“Cuando la ley autorice al gobierno o a algún empleado del orden político para reglamentar un asunto departamental o municipal; cuando la ordenanza autorice al gobernador o algún otro empleado político para reglamentar un asunto municipal, el orden de prelación de los respectivos reglamentos irá a continuación de la ley u ordenanza en virtud del cual se expidieron.

Si el conflicto es entre leyes u ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere la del de mayor jerarquía” (Incisos 2 y 3, del artículo 240 ib.)

Con los actos administrativos nacionales, seccionales (Departamentales y Distritales), como locales (municipales y corregimentales), se completa el ordenamiento jurídico vigente colombiano. Así mismo, hemos identificado el orden de prelación y jerarquía normativa del ordenamiento, así como también la aplicabilidad en caso de conflicto entre la constitución, la ley, decreto-ley o entre normas jurídicas inferiores a éstos, es decir, a los actos administrativos de cualquier categoría o nivel jerárquico.

En tal virtud, conviene aclarar también que el principio de legalidad, de respeto al ordenamiento jurídico vigente por parte de todos los actos administrativos en el derecho colombiano, se toma de abajo hacia arriba, en un plano ascendente y comparativo con las normas jurídicas de superior rango normativo hasta llegar a la Constitución Política de Colombia, que es la base o eje central de todo el sistema normativo, *“bloque de constitucionalidad”*, u ordenamiento jurídico. La violación del ordenamiento jurídico por parte de una norma inferior a la Constitución, se toma en sentido inverso, de arriba hacia abajo, pasando por la ley, el decreto-ley y terminando en el acto administrativo nacional, seccional y local. Este último nivel ocupado por el acto administrativo local, constituye el punto de partida y llegada al esquema de respeto u vulnerabilidad del ordenamiento jurídico.

El control de constitucionalidad por excepción ejercido por los funcionarios del estado con jurisdicción y competencia predicado, en principio, sólo para las normas jurídicas de tipo legal (leyes y decretos-leyes), también se extiende al control de los actos administrativos de todo nivel, rango o jerarquía normativa, por los órganos estatales que los crean, puesto que se consideran genéricamente normas jurídicas, y por tanto, subsumidas en el criterio del artículo 4, constitucional. La Corte Constitucional, al respecto se ha pronunciado:

“Puede verse con facilidad que el sistema de control constitucional por vía de excepción se amplió con el nuevo precepto y, por lo tanto, un acto administrativo, que desde luego es norma jurídica, puede ser inaplicable si viola el estatuto constitucional, aunque haya creado

una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría. (...)

De modo que, cuando una norma inferior (vale decir un acto administrativo) riñe con la Constitución, esta tendrá preferencia, y, por consiguiente, la primera es inaplicable para el caso..." (C.E., Sala Plena, Abril 1 de 1997.)

La violación del ordenamiento jurídico superior, como primera causal para solicitar la declaratoria de nulidad ante el contencioso administrativo, ya desde el derecho francés había sido propuesta por André de LAUBADERE, como la primera y la única causal para ser invocada por el titular, administrado o interesado en un caso concreto. En efecto, el autor citado, sostenía diversas modalidades de ilegalidad o violación del ordenamiento jurídico en el procedimiento o expedición de un acto administrativo, que podía ser invocadas por el titular interesado. Estas son:

a) La Ilegalidad relativa a la calidad del autor del acto, donde ubica la incompetencia; b) La ilegalidad relativa al fin perseguido. En esta se encuentra la Desviación de poder; c) La ilegalidad relativa a la forma. Omisión de formalidades o procedimientos previstos en la ley; d) La ilegalidad relativa al objeto. La más común, el contenido del acto esta en contradicción de la ley; e) La ilegalidad relativa a los motivos. Estos motivos son los hechos que han provocado la decisión, que han determinado a su autor a tomarla. Se da en dos posibles órdenes: 1. Ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos (error de hecho o error de derecho). 2. Los motivos por su naturaleza no podían justificar legalmente la medida tomada: Cuando el auto dispone de un poder reglado (o competencia reglada), y no cuando dispone de un poder (o competencia) discrecional [\[58\]](#).

En nuestro derecho administrativo colombiano, siguiendo los postulados de André de LAUBADERE, el ius-administrativista, *Humberto RODRIGUEZ*, al sostener que la violación de la norma superior (anulación del acto por ilegalidad), es el motivo y la causal más invocada en la práctica, para deprecar el control de legalidad de la actividad administrativa ante el contencioso administrativo colombiano, explica porque no tiene objeto señalar además cuatro especies más de vicios, tal como lo hace el artículo 84 del C.C.A., al referirse a la incompetencia del funcionario para emitir un acto, a la emisión irregular del acto, la falsa motivación, la desviación de poder, y el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

El autor sostiene:

"La pregunta se la hecho la doctrina, y ella ha contestado con tres argumentos: a) porque los demás vicios sólo contemplan aspectos particulares de la ilegalidad; b) porque el vicio de violación de normas superiores comprende no sólo a los referentes a la competencia, la forma, el motivo y el fin, sino a los demás que puedan darse (agregamos v.gr. a los vicios de la voluntad administrativa, y el objeto del acto, que son sus elementos) y c) porque fueron razones históricas las que le dieron nacimiento al vicio que se examina ("la violación de la ley" apareció para admitir la violación de los "derechos adquiridos"), razones que no deben desconocerse, y porque el derecho no es una ciencia matemática".

Sin embargo, creemos que la violación del ordenamiento jurídico superior como causal primera adquiere relevancia por la importancia que a éste se le da, más no porque se quiera subsumir todos los supuestos de vulneración en una sola causal, pese a que tácitamente es factible aunque por razones didácticas y pedagógicas --que no jurídicas--, se impone la distinción de las mismas atendiendo a las diferentes figuras jurídico administrativas que cada causal genera. De hecho, hemos preferido seguir la clasificación de las diversas modalidades de la llamada ilegalidad del acto planteada por LAUBADERE, a fin de exaltar que en cada una de ellas directa o indirectamente se esta vulnerando el ordenamiento jurídico vigente, para indicar que en cada una se trasgrede este ordenamiento desde la óptica de la competencia, las formalidades o desconocimiento del derecho de audiencia o defensa, la falsa motivación del acto y la desviación de poder.

11.1.1.1. FORMAS DE VIOLACION DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR VULNERACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, O POR VIOLACIÓN DE LAS DEMAS NORMAS JURÍDICAS (Leyes, Decretos-leyes y Actos administrativos)

La vulneración del ordenamiento jurídico vigente se da por violación a los textos sustantivos o adjetivos constitucionales o *norma normarum* o por violación a los contenidos de carácter legal o normativo inferior a la Constitución (Leyes, Decretos-leyes y Actos administrativos). Veamos cuales son las modalidades mas recurrentes de vulneración del ordenamiento jurídico.

Ciertamente que la vulneración o desconocimiento del ordenamiento jurídico no sólo resulta de la comparación silogística de una premisa mayor (normas jurídicas supuestamente vulneradas) una premisa menor (acto impugnado) y una conclusión (Vulnera o no el ordenamiento jurídico), sino que el trabajo intelectual del operador jurídico (el juez, por regla general, en nuestro derecho) debe basarse también en el análisis hermenéutico del propio ordenamiento y como éste se desconoce, por controversia interna o externa de mismo, por indebida, errónea, incompleta aplicación de las normas, o por desconocimiento, omisión o extralimitación de las normas; o en fin, como sostiene la doctrina foránea y nativa ius-publicista por violación directa, indirecta del ordenamiento jurídico.

Para *Jorge OLIVERA* ^[59], la violación de la ley (por el ordenamiento jurídico) o falta de concordancia del acto con ella, puede presentarse, así: 1. Cuando la administración manda una cosa distinta de lo que la ley establece, es decir, el agente se aparta, en todo o en parte, de la norma legal que rige el acto; 2. Cuando se haga una interpretación equivocada de la norma aplicable; 3. Cuando se mande en un caso con supuestos de hechos distintos de los que el legislador estableció como necesarios para que se emitiera el acto, esto es incurriendo en error de hecho acerca de la existencia o de la apreciación de las circunstancias que según la norma determinan la producción del acto. Se ha dicho en este último caso que se violan los presupuestos.

El autor citado agrega, *"en el vicio de violación o falta de concordancia del acto con la ley ha existido competencia y observancia de las formas legales, pero el contenido mismo del acto se ha puesto en contradicción con la norma de fondo que regula las facultades del agente"*.

En el derecho administrativo colombiano, se ha recogido esta doctrina extranjera para plantear como lo hace el profesor *YOUNES MORENO* ^[60], los "casos de violación de la ley" como razón de la anulación de los actos administrativos de la siguiente forma: a) Contradicción manifiesta con el texto de la ley (violación directa y palmaria de la ley), b) Desconocimiento por parte de la autoridad administrativa de su propia competencia (violación de la ley por omisión), c) Interpretación errónea de la ley por parte del funcionario que dictó el acto (violación indirecta de la ley al desconocer correcta hermenéutica jurídica); y, d) Establecimiento por el acto de condiciones adicionales a las previstas en la ley para la obtención de autorizaciones; de conformidad con el artículo 6º, constitucional, los funcionarios no pueden hacer sino aquello que la ley les ordene, y por tanto no obran legalmente cuando adicionan otras exigencias a las demandas por la ley.

Sin embargo, como se ha sostenido antes resulta más ilustrativo y real con el concepto vertido sobre el ordenamiento jurídico vigente, que las anteriores formas de vulneración de la ley no engloban las modalidades de vulneración del ordenamiento jurídico colombiano, puesto que se hace énfasis en la "violación de la ley" queriendo incorporar en aquél término la norma de normas jurídicas, tal como se conoce a la Constitución. Por ello, siguiendo al profesor *Jaime O. SANTOFIMIO* ^[61], sostenemos que la vulneración del ordenamiento jurídico se da, por "vicios de constitucionalidad" sustanciales y formales previstos en el acto, como por vicios tradicionales de legalidad y el resto del ordenamiento jurídico y que las reglas sobre vulneración que tanto la doctrina foránea como nativa reconoce siempre se refiere a los vicios tradicionales y no a los constitucionales. En tal virtud, sea lo primero referirnos someramente a los vicios constitucionales para luego hacer un análisis de los vicios tradicionales del ordenamiento jurídico inferior a la Constitución.

El autor citado, entiende por “vicios constitucionales” aquellos que se originan en el punto de partida del ordenamiento jurídico colombiano, cual es la Constitución, según el artículo 4, constitucional. La dogmática constitucional universal predispone que la norma fundamental, por ser tal, es suprema y surge allí la llamada “supremacía constitucional”, y en consecuencia, “*su desconocimiento sería el primero y más significativo vicio que puede afectar la validez de un acto administrativo*”^[62]. 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*”^[63].

En el sistema del ordenamiento jurídico, como lo hemos sostenido, la Constitución es la base de dicha estructura jurídico-formal, de todo el derecho positivo que rige a un Estado. Todos las personas nacionales o extranjeros domiciliados o transeúntes, están obligados a respetar y ser favorecidos por el ordenamiento jurídico vigente, sin discriminación alguna. En igual forma, los funcionarios del Estado, pero por su condición y *status funcionarial*, aquel respeto, observancia y tutela y garantía, se extiende a las acciones, omisiones o extralimitaciones de funciones públicas, según el artículo 6, constitucional. Por estas razones, tanto los titulares de un acto administrativo como quienes lo crean o expiden con fundamento en competencias, trámites y efectos jurídicos tienen como fuente de fuentes (“*norma normarum*”): la Constitución, los primeros porque presuponen que los funcionarios del estado o la personas privadas con funciones públicas han sometido su actuar o actividad administrativa al ordenamiento jurídico vigente; en tanto, que quienes crean un acto administrativo realizan una actividad convencidos que el principio de legalidad y constitucionalidad de los actos es un privilegio del estado de derecho y él su intérprete o sujeto calificado para exteriorizar y ponerlo en funcionamiento con efectos *iuris tantum* en el ordenamiento jurídico.

En nuestro derecho, la causal de inconstitucionalidad de los actos administrativos, se hallaba expresamente prevista en la Ley 167 de 1941, y en su artículo 62, expresaba, que eran impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa los actos administrativos no sólo por motivos de ilegalidad, sino también de inconstitucionalidad. El C.C.A., actual, implícitamente reconoce también esta causal, con hace mención a la impugnabilidad de todo acto por que infrinjan las “*normas a que debían estar sujetos*” (artículo 84).

Los vicios de inconstitucionalidad, según *Jaime SANTOFIMIO* ”^[64], se clasifican en vicios que afectan a los contenidos sustanciales de la Constitución, o aquellos que atacan su parte dogmática, principios rectores, preámbulo e incluso los derechos fundamentales –y agregamos— los valores constitucionales que guían y orientan todo este panorama constitucional, tales como la dignidad humana, la libertad, solidaridad, igualdad, justicia, equidad, democracia y libre desarrollo de la personalidad y la familia. Igualmente los vicios constitucionales adjetivos o procesales, que se refieren a las “competencias constitucionales” de los funcionarios del Estado y a las personas privadas con funciones públicas y a su capacidad privilegiada de expedir actos administrativos, que puede verse alterada por “usurpación de funciones” o por “usurpación de autoridad o poder” –y agregamos—; así como también por el desconocimiento, indebida aplicación, errónea actuación o indebida interpretación de las normas adjetivas constitucionales relativas a los procedimientos, trámites y etapas de naturaleza jurídica administrativa conducentes a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica objetiva o subjetiva (artículo 29, constitucional), tanto por autoridades nacionales, seccionales y locales como por personas privadas con funciones públicas (artículo 1 del C.C.A.).

Por su parte, la violación del ordenamiento jurídico, por vicios de legalidad o normativo jurídico inferior a la Constitución (leyes, decretos-leyes y actos administrativos), al igual que la violación del ordenamiento por vulneración de la Constitución, puede analizarse de la siguiente forma:

a) VULNERACIÓN DEL ORDENAMIENTO POR VIOLACION DIRECTA

Se puede transgredir el ordenamiento jurídico por violación directa mediante las modalidades de error de derecho, error de hecho y aplicación indebida. A su vez, el error de derecho se presenta de la siguiente forma: violación directa, falsa interpretación y aplicación indebida.

El error de derecho se presenta cuando la violación se produce a través de una interpretación equivocada de una norma superior. La Administración o funcionario que expide un acto considera que está cumpliendo con la Constitución o la ley, pero la interpreta erróneamente. El error de derecho o error de interpretación no implica una oposición entre dos textos, consiste en atribuir a una prueba determinada de un acto un valor diferente del que le da la ley, o bien en apreciarla sin las formalidades legales.

Otra manera como se puede infringir las normas jurídicas de manera directa, es cuando se vulneran o desconocen los principios generales del derecho, que según la concepción histórica, son aquellos que han inspirado una legislación determinada, teniendo en cuenta la idiosincrasia, los valores culturales, religiosos y políticos, etc. En otras palabras, son el fundamento del derecho, es el derecho natural. El derecho como se sabe no se agota en la norma, por ello se citan como principios generales del derecho: a) La igualdad ante la ley, b) El debido proceso judicial y administrativo y el derecho de audiencia y defensa; c) El derecho de seguridad social; d) El principio de supremacía del interés general; e) La proscripción de toda actividad administrativa arbitraria; f) La dignidad humana, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad; g) La moralidad, imparcialidad, celeridad, economía, igualdad, publicidad y gratuidad de las actividades y gestiones de la administración pública. Muchos de estos principios y valores constitucionales, hoy por hoy, en la Constitución de 1991, se han normativizado, pero no dejan de tener la consideración de principios universales del derecho que irradian y guían el ordenamiento jurídico vigente.

b) VULNERACIÓN POR FALSA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURIDICAS

La falsa interpretación de las normas jurídicas se presenta, bien porque el funcionario la entiende equivocadamente, lo cual sería un error de derecho, o bien porque la interpreta en forma demasiado casuista para luego sacar conclusiones generales.

Tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia han sostenido que en la interpretación de la ley se debe tenerse en cuenta todo aquello que lógicamente y necesariamente está contenido en la norma, tal como se prevé en los preceptos 25 (interpretación auténtica de la ley realizada por el legislador) y 26 (interpretación doctrinal de la ley hecha por jueces y funcionarios del Estado) del Código civil colombiano –C.C.– y mientras la norma jurídica (leyes o actos administrativos), tenga “fuerza obligatoria” serán aplicados en tanto no “*sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable*” (artículo 12 de la ley 153 de 1887).

Ahora bien, la relación jurídica existente entre la ley y el reglamento es similar a la existente entre la Constitución y la ley. Por ello, cuando el Congreso interpreta los textos constitucionales, como lo impone el artículo 26 del C.C., y procede a desarrollarlo, a través de la expedición de normas jurídicas (leyes de diferente categoría o forma, según la materia reglamentada), se dice que aquella interpretación, como el desarrollo mismo de aquella, son obligatorios mientras no sean incompatibles con la Carta fundamental. De idéntica manera, se puede concluir que la “autoridad” u organismo administrativo al interpretar la Constitución y las leyes y proceder a crear, extinguir o modificar una situación jurídica objetiva o subjetiva (actos administrativos: “*órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno*”, según el artículo 12 de la Ley 153 de 1887), con base en estas fuentes normativas, se concluye que la actividad interpretativa como la actividad normativa expeditiva de actos, son obligatorios mientras no vulneren la Constitución o el resto del ordenamiento jurídico.

A fin de evitar una indebida interpretación de las normas jurídicas incluidas las leyes y las normas de inferior jerarquía a ésta, como los actos administrativos deben seguirse las reglas de interpretación previstas en el C.C., más concretamente sobre la interpretación gramatical (artículo 27 a 29), la interpretación sistemática (artículo 30), la interpretación extensiva (artículo 31), y la interpretación por equidad (artículo 32), de las normas jurídicas. Esta actividad interpretativa que

debe hacerla todo operador jurídico (jueces individuales o colegiados, litigantes, juristas y docentes), y en particular los “jueces y magistrados”, a efectos de que no “*rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley*, (porque lo más seguro es que incurran) *en responsabilidad por denegación de justicia*” (artículo 48 de la Ley 153 de 1887), constituyen una de las formas de “mejor leer” el derecho y aplicable a todo el contexto del derecho colombiano y no simplemente a las normas carácter ius-privatístico como equivocamente han creído algunos.

c) VULNERACION POR APLICACION INDEBIDA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

La indebida aplicación de las normas jurídicas se presenta por error de derecho, por error de hecho o grave error, según el caso y circunstancias coyunturales al que se vea abocado el funcionario o el persona privada con función pública.

En efecto, puede presentarse una equivocada aplicación de la ley, por *error de derecho*, cuando el funcionario aplica a un caso una determinada norma jurídica que regula una situación muy diferente, y por tanto no aplicable al caso *sub examine*.

Se tipifica el *error de hecho*, cuando el funcionario o persona privada con función pública, fundamenta un acto administrativo en erróneos motivos, fundamentación fáctica no ajustada a la realidad, o en falsos motivos. Sobre estos últimos motivos, con razón han sostenido algunos autores que aquí no hay indebida aplicación de las normas jurídicas por error de hecho, sino falsa motivación del acto, lo cual inaugura en el derecho administrativo colombiano, una causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, cual es, la causal de falsa motivación prevista en el artículo 84 del C.C.A. Se suele citar como ejemplo clásico de error de hecho, la actividad del funcionario que nombra para un cargo a una persona por renuncia de quien lo venía desempeñando, sin que la mencionada persona haya renunciado previa y expresamente.

El *Error grave*, según el C.E., colombiano, en Sentencia de mayo 3 de 1973, sintetiza las reglas que sirven para determinar el error grave, así:

"Uno de los puntos mas debatidos en la jurisprudencia colombiana es lo relativo al error. El C. de E., refiriéndose a este tema expresa que ninguna norma legal define expresamente lo que ha de entenderse por error grave; pero la jurisprudencia ha sido constante en el sentido de afirmar que para poder concluir que un dictamen adolece de error grave, deben presentarse determinados presupuestos los cuales pueden resumirse así:

PRIMERO: Que peque contra la lógica, aunque el error no recaiga sobre las cualidades esenciales.

SEGUNDO: Que sea de tal naturaleza el error que, de comprobarse, el dictamen hubiera sido fundamentalmente distinto.

TERCERO: Supone conceptos objetivamente equivocados.

CUARTO: Las objeciones deben poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal magnitud que impongan la interpretación de otros peritos los cuales, como es de su poner, llegarán a conclusiones distintas.

QUINTO: debe aparecer 'ostensible y objetivado'".

Pese a que se refiere en concreto a la labor de los peritos y materializada en los “peritazgos”, bien puede tomarse las conclusiones del C.E., como aplicables a toda actividad judicial o administrativa donde se aplica indebidamente y por error grave las normas jurídicas.

11.1.2. SEGUNDA CAUSAL: VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO, POR FALTA DE COMPETENCIA DEL FUNCIONARIO U ORGANISMO EMISOR DEL ACTO

La competencia, en términos generales, se la ha considerado como la capacidad jurídica que le atribuye el ordenamiento jurídico, en un caso concreto a un funcionario o persona privada con funciones públicas, para ejercer determinadas funciones o atribuciones puntuales, exclusivas y

excluyentes. Por lo tanto, en materia y órbita del derecho administrativo, la “autoridad”, funcionario o persona privada con funciones públicas o administrativas que emite un acto debe estar autorizada previamente por el ordenamiento jurídico vigente, pues en nuestro país “*no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento*” (artículo 122, constitucional)

Los servidores públicos, que lo son los miembros de las corporaciones públicas (Congreso, Asambleas, Concejos, Juntas Administradoras Locales), los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, “*están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento*” (artículo 123, constitucional).

Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera ^[65], según lo determina el artículo 125, constitucional. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Unos y otros, tienen funciones previamente fijadas en el ordenamiento jurídico, competencia para realizar todas las labores que se les encomienda como servidores públicos. Dichas atribuciones están prefijadas en la Constitución, las leyes, los decretos-leyes y los reglamentos (como actos administrativos que son), como el “manual específico de funciones de cada entidad”. De no ser así y al desconocer éste último aspecto ordenador de funciones puntuales de los servidores públicos,

“...se atentaría contra los principios de eficacia, economía y celeridad que orientan la función administrativa, la cual se cumple mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (C.N., artículo 209); e iría contra toda lógica que los superiores jerárquicos no pudieran asignarle otras funciones inherentes a su cargo a los empleados de su dependencia, por no estar expresamente contenidas en una ley o decreto, lo que en últimas entraría la administración y, por ende, la eficaz prestación del servicio público (C.C., Sentencia C-447-96, Septiembre 19)

Los particulares que ejercen funciones públicas, también están sometidos a unas funciones prefijadas en el ordenamiento jurídico (artículo 123, constitucional), y en concreto a las normas especiales que se dicten al efecto. La Ley 489 de 1998, artículo 110, determina las funciones administrativas realizadas por las personas naturales y jurídicas privadas, bajo las siguientes condiciones:

“La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos y políticas y programas que deban ser observados por el particular.

La atribución de las funciones administrativas deberá esta precedida de acto administrativo y acompañada de convenio”. (Exequible, según Sentencia C-886-99, C.C.)

La misma ley establece los requisitos y procedimientos que debe reunir el acto administrativo y el convenio para conferir las funciones administrativas a particulares. En efecto, las entidades o autoridades administrativas al conferir las atribuciones, deberán expedir un acto administrativo o decreto ejecutivo, cuando fuere del caso, de Ministerios o departamentos administrativos, o acto de la Junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los Ministros o directores de departamento administrativo. El artículo 111 de la ley citada, también extendía esta función aprobatoria de delegación a los Gobernadores y alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo. Sin embargo, la Corte Constitucional, declaró inexecutable dicha extensión mediante Sentencia C-866-99, contrariando el principio de descentralización y autonomía regional

o territorial que departamentos y municipios tienen actualmente con vigencia constitucional y preconstitucional (Acto legislativo Núm. 1 de 1986), para departamentos y municipios respectivamente.

En el acto administrativo que confiere competencias a los particulares determinará: a) Las funciones específicas que encomendará a los particulares; b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas; c) Las condiciones del ejercicio de las funciones; d) La forma de remuneración, si fuere del caso, y e) La duración del encargo y las garantías que deban prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas (artículo 111, numeral 1º).

La celebración del convenio, cuyo plazo de ejecución será de 5 años y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá: Elaborar un pliego o término de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de las entidades estatales. Así deberá pactar, las cláusulas excepcionales previstas en la misma ley anterior o las complementarias pertinentes, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.

Ahora bien, el Código contencioso administrativo en el artículo 1º, enuncia una serie de las que llama "autoridades" para incluir en dicho término a *"órganos, corporaciones y demás dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y controladores regionales, a la Corte electoral y a la Registraduría Nacional del Estado, así como a las entidades privadas, cuando unos y otros cumplen funciones administrativas"*. Todas estas autoridades tienen competencia para expedir actos administrativos, tal como se ha sostenido en otros apartes de este ensayo jurídico, pero como lo ha sostenido la Corte Constitucional, se debe aclarar que las

"expresiones 'servidores públicos' son adecuadas para referirse a todas las personas que laboran para el Estado en cualquiera de las ramas del poder, bien sea en los órganos centrales o en las entidades descentralizadas o por servicios, los términos 'autoridades públicas' se reservan para designar aquellos servidores públicos llamados a ejercer, dentro del ordenamiento jurídico que define sus funciones o competencias, poder de mando o decisión, cuyas determinaciones, por tanto, afectan a los gobernados" (C.C., Sentencia T-501-92, Agosto 21)

En consecuencia, las autoridades como las personas jurídicas y naturales privadas cumplen funciones y atribuciones prefijadas en el ordenamiento jurídico, pero a la vez se exponen al régimen de responsabilidades y la manera de hacerlas efectivas, según la Constitución y la Ley (artículo 124, constitucional). Por lo primero, todo funcionario o persona que ejerce funciones administrativas o públicas por excepción, responderá por la vulneración de la Constitución y las leyes, y además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6, constitucional).

"Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de autorización legal. (...)

La inversión del principio es contraproducente desde todos los puntos de vista: desde el constitucional, porque extendería al servidor público una facultad connatural a los particulares, con lo cual introduce un evidente desorden, que atenta contra lo estipulado en el preámbulo de la Carta y en el artículo 2º de la misma; también desde el punto de vista de la filosofía del derecho, por cuanto no es proporcionado otorgar al servidor público lo

que está adecuado para los particulares; y desde el punto de vista de la conveniencia, resulta contraproducente permitir la indeterminación de la actividad estatal, porque atenta contra el principio de la seguridad jurídica que es debido a la sociedad civil” (C.C., Sala Plena, Sentencia C-337-93, Agosto 19)

Por lo tanto, la incompetencia como causal de nulidad de los actos administrativos, consiste en que una autoridad administrativa toma una decisión sin estar facultado para ello por el ordenamiento jurídico vigente o por un acto administrativo dictado al efecto y acompañado de convenio correspondiente, si se trata de una persona natural o jurídica privada. En el primer caso, se cita como ejemplo, el caso del Gobernador que decreta el estado de excepción (guerra exterior, conmoción interior o de emergencia, según los artículos 212 a 215, constitucionales) en su departamento, a sabiendas que esta función mediante decreto legislativo, sólo le está permitido al Gobierno Nacional --Presidente de la República con la firma de todos los Ministros--, para poder declarar el estado de excepción pertinente, según las causas coyunturales que se presenten y conforme a los requisitos de forma y fondo previstos en la Constitución.

El tratadista *Jaime O. SANTOFIMIO* ^[66], clasifica enunciativamente las modalidades de la incompetencia que genera nulidad de los actos administrativos, bien sea por la materia (*ratione materiae*); por el territorio (*ratione loci*); por el tiempo (*ratione temporis*); en razón del grado de horizontalidad; el grado de verticalidad; por usurpación de poder; y, por la presencia de funcionarios de hecho.

Se dice que hay incompetencia por razón de la materia u objeto del acto, cuando se refieren a las potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico a los órganos o sujetos la administración, como también a las personas naturales o jurídicas privadas con funciones públicas o administrativas. Quizá esta modalidad de incompetencia sea la genérica en la que caben las demás. Esta causal se comprueba por carencia de funciones, por inexistencia o por exceso de competencias delegadas.

Por razón del territorio, hay incompetencia cuando hay violación de la circunscripción territorial o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario. Así, para comprobar este ámbito territorial se debe iniciar con la división político administrativa del Estado (Nación, Departamentos, Distritos, Municipios, Provincias y Territorios indígenas, según el artículo 286, constitucional), pues como entidades territoriales autónomas, pueden ejercer entre otras atribuciones, “competencias que les correspondan” (artículo 287-2, constitucional). La Ley orgánica de ordenamiento territorial (L.O.O.T.) establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, las cuales se atribuirán a los distintos niveles territoriales que serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley (artículo 288, constitucional). Sin embargo, esta norma constitucional, aún no ha tenido desarrollo legal, pese a que ha habido varios intentos legislativos que han tenido origen en el Gobierno Nacional ^[67] como en el mismo Congreso de la República. Las razones van desde el grado mayor de dificultad de deshacerse de competencias nacionales por parte del Gobierno Central y transferirlas a las autoridades territoriales, ahora más autónomas que nunca; hasta las pocas ganas por parte de los representantes del régimen presidencialista, hoy más centralista que nunca, para no quedarse sin funciones que sigan siendo de reserva legal a favor del centralismo y en perjuicio de la periferia territorial .

En la órbita estrictamente territorial y en materia de ordenamiento del territorio colombiano entre la nación y las entidades territoriales, se ha expedido la Ley 388 de 1997, que puntualmente dispone las competencias a nivel nacional v.gr. Los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades; a nivel departamental. V.gr. Definir políticas de asentamientos poblacionales y centros urbanos en armonía con las políticas nacionales; a nivel metropolitano. V.gr. Elaboración de los planes integrales de desarrollo metropolitano y el señalamiento de las normas obligatoriamente generales que definan los objetivos y criterios a los que deben acogerse los municipios al adoptar los planes de ordenamiento territorial en relación con las materias referidas a los hechos metropolitanos (Ley 128 de 1994); a nivel municipal y distrital deberán formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio contemplados en la ley orgánica del plan de

desarrollo. Así mismo, la ley dispone los componentes de los planes de ordenamiento territorial (artículo 11), y el contenido de los planes básicos de ordenamiento (artículo 13).

Por razón temporal, hay incompetencia, cuando a un funcionario u organismo se le han asignado competencias para ser ejercidas bajo una condición temporal. Así será incompetente cuando ejercita su competencia *a posteriori* del vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente hacerlo. Igualmente cuando ejerce funciones *a priori* o antes del momento determinado. A título de ejemplo, podemos citar las funciones *pro tempore* que le concede el Congreso al Presidente, la Asamblea al Gobernador y el Concejo a los Alcaldes, según el ordenamiento jurídico vigente.

Por razón del grado de horizontalidad, se configura la incompetencia por desconocimiento de competencias legales asignadas por el ordenamiento jurídico vigente o la usurpación de las funciones que le competen atendiendo a la división de las ramas del poder público (ejecutivo, legislativo y judicial), son usurpaciones funcionales, como cuando el Ejecutivo resuelve destituir al secretario general de la Cámara de Representantes, sabiendo que por separación de funciones le corresponde a la mesa directiva del cuerpo legislativo. Igualmente se presenta esta modalidad de incompetencia, cuando en una misma rama del poder público, como la administrativa el Ministerio de Relaciones Exteriores dicta un acto administrativo que le corresponde al Ministerio de Gobierno.

Por razón del grado de verticalidad, se presenta la incompetencia cuando se vulnera el principio de jerarquización entre los organismos y entre los sujetos de la administración pública en los cuales se presenta la usurpación funcional.

Finalmente, tal como lo plantea *Jaime O. SANTOFIMIO* ^[68], la competencia de los funcionarios de hecho, constituye una excepción a la teoría de la incompetencia. En efecto, 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. El funcionario de hecho, contrariamente al funcionario legítimo o *de jure*, es aquel que inicialmente no reúne alguno de los requisitos o presupuestos indispensables para ingresar a la función pública (calidades genéricas y específicas de acceso), y subsiguiente y posteriormente no tiene las facultades para expedir actos con efectos en el mundo jurídico. Este funcionario actúa como si estuviera investido legalmente (“investidura plausible”) y sus actos surte efectos frente a terceros, es precisamente basados en este convencimiento de que el “*sujeto que detenta el cargo público hace que amerite la credibilidad de los asociados sobre su validez*”.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (48) LOPEZ BERENQUER, José L. **INEFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DECLARATIVO DE DERECHOS**. En: R.E.V.L., Bilbao (España), Núm 32-34, pág. 157. Muy a pesar que se reconoce en el derecho español que no es fácil distinguir entre Revocatoria y Anulabilidad del Acto, el autor citado propone, las siguientes diferenciaciones: “a) La anulación se realiza por el superior jerárquico; la revocatoria por el mismo órgano que dictó el acto; b) La anulación expresa la revisión del acto por el Poder Judicial; la revocación se hace por la Administración; c) La anulación es la revisión basada en vicios tan graves que hacen el acto nulo; la revocación se basa en vicios que hace el acto meramente anulable; d) La anulación procede por motivos de legalidad; la revocación por motivos de oportunidad”.
- (48 A) La LRJAP Y PC, LEY 26-11-92, Núm. 30/1992. Expresamente hace la diferencia de la anulación de actos en vía administrativa y vía contencioso administrativa. En el “Artículo 103. Revisión de actos anulables. 1. Podrán ser anulados por la Administración, a iniciativa propia o a solicitud del interesado, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, los actos declarativos de derechos cuando concurren las siguientes circunstancias: a) Que dichos actos infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario. b) Que el procedimiento de revisión se inicie antes de transcurridos cuatro años desde que fueron dictados. 2. En los demás casos, la anulación de los actos declarativos de derechos requerirá la declaración previa de lesividad para el interés público y la ulterior impugnación ante el Orden Jurisdiccional

Contencioso-Administrativo. 3. Si el acto proviniera de la Administración General del Estado, la declaración de lesividad se realizará mediante Orden ministerial del Departamento autor del acto administrativo, o bien mediante acuerdo del Consejo de Ministros; cuando su norma de creación así lo determine, la declaración se realizará por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley. 4. Si el acto proviniera de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia. 5. La declaración de lesividad deberá adoptarse en el plazo de cuatro años desde que se dictó el acto administrativo de referencia. 6. Transcurrido el plazo para resolver sin que se hubiera dictado resolución, se podrá entender que ésta es contraria a la revisión del acto. La eficacia de tal resolución presunta se regirá por lo dispuesto en el artículo 44 de la presente Ley”.

- (49) La LRJAP Y PC, LEY 26-11-92, Núm. 30/1992. El Título V, “De las disposiciones y de los actos administrativos”, en el Capítulo IV, sobre la “Nulidad y anulabilidad” . El Artículo 62, se refiere a la nulidad de los actos y disposiciones administrativas, así: Son Nulos de pleno derecho. “1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquiera otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.
- (50) La LRJAP y PC Núm. 30/1992, en el Artículo 63., se refiere a la Anulabilidad de actos y disposiciones administrativa. Sostiene que: 1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.
- (51) La LRJAP y PC Núm. 30/1992, en el Artículo 67., se refiere a la convalidación de los actos anulables, así: “Artículo 67. Convalidación. 1. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan. 2. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos. 3. Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado. 4. Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente”.
- (52) La LRJAP y PC Núm. 30/1992, en el Artículo 64., se refiere a la transmisibilidad, así: “Artículo 64. Transmisibilidad. 1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero. 2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado”. Por su parte, el “Artículo 65. Conversión de actos viciados. Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste”. Y finalmente, el “Artículo 66. Conservación de actos y trámites. El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”.
- (53) La LRJAP y PC Núm. 30/1992, en el Titulo VII, De la Revisión de los Actos en vía Administrativa, el Artículo 105, se refiere a la “Revocación de actos. 1. Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos, expresos o presuntos, no declarativos de derechos y los de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico. 2. Las

Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

- (54) Citados por LARGACHA MARTINEZ, Miguel y POSSE VELÁSQUEZ, Daniel. **CAUSALES DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**. Ediciones Doctrina y ley, Bogotá, 1988, págs. 51 a 55.
- (55) RODRÍGUEZ, Libardo. **DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO**. Ed. Temis, Bogotá, 7ª edición, págs. 213 a 216.
- (56) YOUNES MORENO, Diego. **CURSO ELEMENTAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO**. Ed. Jurídicas, Bogotá, 4ª, edición, 1994, pág. 166 y siguientes.
- (57) SANTOFIMIO, Jaime Orlando. **EL ACTO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMIENTO EFICACIA Y VALIDEZ**. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2ª. Edición, 1994, Bogotá, pág. 269 y siguientes.
- (58) DE LAUBADERE, André. Manual de Derecho Administrativo. Ed. Temis, Bogotá, 1984, pág. 80.
- (59) OLIVERA TORO, Jorge. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, México, 1976, pág. 205
- (60) YOUNES MORENO, Diego. **CURSO ELEMENTAL...** Ob. ut supra cit., pág. 168 y 169.
- (61) SANTOFIMIO, Jaime Orlando. **EL ACTO...**, Ob ut supra cit., págs. 276 y siguientes.
- (62) TAMAYO Y SALMERON, Roland, citados por SANTOFIMIO, Jaime Orlando. **EL ACTO...**, Ob ut supra cit., pág. 276.
- (63) Id.
- (64) Id.
- (65) “La Carrera Administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascenso. Para alcanzar estos objetivos, el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que motivos como la raza, religión, sexo, filiación política o consideraciones de otra índole puedan tener influjo alguno. Su aplicación, sin embargo, no podrá limitar ni constreñir el libre ejercicio del derecho de asociación a que se refiere el artículo 39 de la Constitución Política”. (Artículo 1 de la Ley 443 de 1998, que modificó y reguló integralmente el sistema de la carrera administrativa previsto en el Decreto-Ley 2400 de 1968, el Decreto 122 de 1992, el Decreto 256 de 1994).
- (66) SANTOFIMIO, Jaime Orlando. **EL ACTO...**, Ob ut supra cit., págs. 291 y siguientes.
- (67) Mediante Decreto 797 de mayo 6 de 1999, se creó una comisión intersectorial que debía presentar a más tardar el 30 de septiembre de 1999 al Gobierno Nacional un proyecto de ley orgánica de ordenamiento territorial.

Actualización: Pasto, Abril 1 de 2008

[Inicio](#)