

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” financial (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 II

- 1.1.3. Tercera causal: Violación del ordenamiento jurídico, referido a la expedición en “forma irregular” del acto, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.
 - 1.1.4. Cuarta causal: Violación del ordenamiento jurídico, referido a la falsa motivación del acto
 - 1.1.5. Quinta causal: Violación del ordenamiento jurídico, referido a la desviación de poder
 - 2. LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, NO DE LOS “ACTOS INEXISTENTES”
 - 2.1. Diferencia entre nulidad y la inexistencia del acto
 - 2.2. El fenómeno de la inexistencia según la Corte Suprema de Justicia
 - 2.3. El fenómeno de la inexistencia según el Consejo de Estado
 - 2.4. El fenómeno de la inexistencia del acto en la legislación colombiana
-

DESARROLLO

11.1.3. TERCERA CAUSAL: VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO, REFERIDO A LA EXPEDICIÓN EN “FORMA IRREGULAR” DEL ACTO, CON DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIAS Y DEFENSA

En esta causal refundimos los supuestos tercero y cuarto previstos en el artículo 84 del C.C.A., es decir, la violación del ordenamiento jurídico relativo a la expedición en “forma irregular” y la violación del ordenamiento jurídico referente al desconocimiento del derecho de audiencias y derecho de defensa, puesto que una y otra causal son consecuentes en su estructuración y se refieren a una misma institución jurídico-administrativa: el procedimiento administrativo. En efecto, el procedimiento como conjunto de etapas concatenadas dirigidas a la producción o expedición de un acto administrativo, se desenvuelve por fases ineludibles o probables, según el caso. En las primeras podemos citar la etapa de iniciación (de oficio o a instancia de parte o por autorización legal), etapa de desarrollo e instrucción (audiencias de notificación, de pruebas, de alegatos, etc.) y etapa de terminación o conclusión del procedimiento (expedición de acto administrativo definitivo). En el transcurso de este procedimiento administrativo se presentan actos administrativos de trámite, de cumplimiento, definitivos y de ejecución que implican trámites, diligencias, “formas” procedimentales, audiencias de las partes (interesados directos e indirectos, terceros intervinientes: coadyuvantes o impugnantes, etc.) e inmersos en estos trámites y audiencias se encuentra el ejercicio de uno de los derechos fundamentales más preciados en el derecho moderno: el derecho de defensa por parte de los titulares, interesados o terceros, según fuere el caso, oportunidades y circunstancias de intervención.

Esta causal de nulidad de actos administrativos que hemos refundido en una sola, bien podría catalogarse de causal de *tertium genus*, porque subsume aspectos de forma y connotaciones sustanciales que se basan en la omisión, indebida o irregular actividad procedimental de los funcionarios del Estado o de las personas privadas con función pública al producir un acto administrativo. Me refiero al derecho de defensa que tiene todo titular o interesado directo o indirecto con la producción de un acto jurídico, cuya configuración deviene necesaria y preliminarmente de las formas o procedimientos.

El artículo 84 del C.C.A., incluye a renglón seguido de la falta de competencia como causal de nulidad del acto administrativo, la causal de expedición de un acto administrativo “*en forma irregular*”, a fin de incorporar no sólo causales de nulidad sustantivas sino fundadas en aspectos de forma, de estructuración o configuración de procedimiento administrativo en debida y legal forma.

La doctrina foránea con fundadas razones hace mención a las formas esenciales y las meras formalidades como constitutivas de causal de anulación de los actos administrativos, con lo cual refuerzan nuestro argumento de refundición en una sola causal de aspectos sustanciales

y de forma en la creación de un acto administrativo. En efecto, el jurista *Manuel María DIEZ*, se ha pronunciado al respecto así:

"los vicios de forma tienen importancia porque la mayoría de las disposiciones sobre formalidad de la actividad jurídica condicionan la validez de la voluntad jurídica.

Son disposiciones de las leyes que garantizan la voluntad jurídica de las partes que intervienen en el acto y se refieren a las formas del mismo. Las leyes especiales referentes a las formas están relacionadas con los principios de garantía que rigen la actividad administrativa, como ser el de estabilidad de los derechos, seguridad de los negocios jurídicos, etc.

En el supuesto en que se hayan cumplido o se hayan realizado de manera irregular las formalidades esenciales requeridas para la formación o manifestación de voluntad, se dice que existe un vicio de forma. Al referirse a la forma entendemos hacerlo también con respecto a las formalidades, porque la propia forma se compone de formalidades. Así la falta de un parecer obligatorio que debía emitir un órgano de la administración consultiva, la falta o la insuficiencia de la motivación.

(...)

Será vicio de forma la violación de normas procesales para la formación del acto administrativo. No se debe distinguir entre violación y omisión de forma establecida en el interés de todas las partes o de una sola de las partes, porque toda violación de formas da lugar a un acto inválido.

En el derecho administrativo se presume que todas las formalidades exigidas por la ley son esenciales. Si la forma es exigida por la ley para la validez del acto su falta traerá como consecuencia la inexistencia del mismo. Si la forma existe, pero no está viciada, acarreará la invalidez del acto".

En términos del autor citado no solo distingue entre las formas esenciales y las formalidades, sino que además aclara que tanto la violación en rigor de las formas o formalidades como el desconocimiento u omisión producen iguales efectos jurídicos: la producción de un acto inválido.

El procedimiento administrativo colombiano que se halla estructurado en algunas etapas en forma expresa, tales como la iniciación y la terminación, y algunas otras en forma tácita o consecencial, como las etapas de desarrollo, instrucción, alegaciones, así como las etapas contingentes o posibles: desistimiento, declaratoria de caducidad, por silencio administrativo positivo o negativo, etc. Este procedimiento administrativo que tiene como finalidad la expedición de un acto jurídico como resultado conclusivo de aquél, aunque sea oportuno decirlo, no es la única finalidad de todo procedimiento administrativo, conlleva en su estructuración un respeto a una serie de principios, reglas y valores constitucionales y legales que si se inobservan, omiten o desconocen configuran bases para la estructuración de la causal de nulidad que venimos comentando.

En efecto, el artículo 29, constitucional expresa que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", con lo cual no deja sombra de duda que la tutela judicial del Estado se extiende al procedimiento administrativo como no había sido la regla en vigencia de la Constitución de 1886, en la cual se creía que tanto el término "proceso" como el respeto de las formalidades, trámites, ritos o diligencias debía prodigarse de un proceso judicial, pero en manera alguna de un proceso de naturaleza jurídica administrativa. Hoy por hoy, este concepto sesgado ha quedado finiquitado en vigencia de la Constitución de 1991, y en tal virtud, cualquier desconocimiento, omisión, indebida aplicación o interpretación de las etapas, sub-fases o partes integrantes de un proceso conforme al ordenamiento jurídico vigente, constituye una vulneración directa o indirecta del artículo 29 referenciado.

La norma constitucional se extiende a la formas esenciales y formalidades del proceso, a la tipificación normativa previa del procedimiento en la legislación colombiana, a la competencia

(objetiva, subjetiva, funcional y de conexión) del funcionario estatal o persona privada con función pública, a la observancia de las diferentes modalidades del procedimiento administrativo (ordinarios y especiales, según el artículo 1º, Inc. 2º del C.C.A.), a la interpretación y hermenéutica jurídica referida al procedimiento (v.gr. la ley permisiva o favorable, aún cuando se posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable), a la regla general de la presunción de inocencia en todas aquellas situaciones en las que una persona se halle vinculada a un procedimiento de naturaleza administrativa sancionatoria o correccional (v.gr. procedimientos disciplinarios de “autocontrol” o “supercontrol” ^[69]).

De igual forma, este derecho constitucional se extiende a otro derecho no menos importante como lo es, el derecho fundamental a la defensa que tiene toda persona desde el momento mismo en que se ve involucrada en un procedimiento judicial o de naturaleza administrativa. Este derecho se desdobra en varias facetas, a saber: el derecho del *ius postulandi* o derecho a escoger abogado para que lo represente y ejerza todos los mecanismos jurídico-procesales en las actuaciones, diligencias, audiencias del procedimiento; así como también, el derecho a ejercitar cualquier recurso (ordinario: reposición, apelación y queja –artículo 49 y ss., del C.C.A.— o extraordinarios: la revocatoria directa –artículo 69 y ss., del C.C.A.--) o medio de impugnación contra decisiones temporales o definitivas que se tomen en el procedimiento; el derecho a conocer y ser notificado o comunicado de todas las decisiones que se tomen en el procedimiento de conformidad con el ordenamiento jurídico; o también, a ser citado cuando sea pertinente u oportuno a la realización de actuaciones, diligencias o audiencias públicas o privadas; y finalmente, a poder concurrir a las audiencias públicas para conocer, controvertir o impugnar cualquier medio probatorio contrario a los intereses del titular o interesado en la expedición de un acto administrativo y a impugnar éste último por los medios o recursos vigentes ante el funcionario que emitió el acto o ante el inmediato superior, y por su puesto, no podrá adelantarse o juzgársele dos veces por el mismo hecho a una persona en esta clase de procedimientos administrativos.

Por su parte, el artículo 3 del C.C.A., expresa que son principios aplicables a toda actuación administrativa la economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción. En particular, cuando hace mención a la eficacia, establece que los *“procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado”*. La Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, mediante Sentencia de Octubre 17 de 1984, declaró inexecutable la expresión “de oficio”, por tener naturaleza jurídica rogada las actuaciones administrativas como la jurisdicción contencioso-administrativa.

En nuestra legislación colombiana no existe en forma expresa qué actos administrativos afectados de vicios de procedimiento son susceptibles de sanearse y cuales no, puesto que el artículo 84 del C.C.A., sostiene que toda emisión en “forma irregular” de un acto --sin distinguir si es esencial, accidental, previa, concomitante, posterior al procedimiento--, fundamenta su anulación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Ha sido la labor de la jurisprudencia la que ha develado si los vicios de forma que afectan el derecho sustancial en juego en la construcción de la declaración de voluntad de la administración o acto administrativo, son vicios no subsanables y por tanto generan la causal de nulidad del acto; en cambio, *“cuando la omisión de las formas o la tramitación irregular no produce ofensa, ni lesiona intereses o derechos protegidos legalmente, ni afecta la marcha de la administración perjudicándola: tales informalidades no pueden ser causales de anulación porque el serlo implicaría impedir, obstaculizar, o burlar el legítimo ejercicio de un derecho fundamental o de una facultad constitucional o legal”* (C.E. Sentencia de Abril 11 de 1978). Vale decir, que las irregularidades de forma que afectan a la validez del acto y por tanto son anulables --en términos de la anterior sentencia-- son aquellos en los cuales se ve involucrado el derecho de defensa del titular o interesado en el acto administrativo o aquellos en los cuales se vulnera el interés general o público y la finalidad de la declaratoria de voluntad de la administración o cuando se vulnera o desconoce un derecho protegido por el ordenamiento jurídico.

En cambio, en el derecho ibérico existe una clara división legislada entre los actos administrativos nulos de pleno derecho y los actos administrativos anulables, subsanables porque generan nulidades relativas, y por tanto, los vicios pueden convalidarse por la propia administración en sede administrativa, según el artículo 67 de la LRJAP y PC.

La Ley de Procedimiento Administrativo español (LRJAP Y PC. LEY 26-11-92, Núm. 30/1992), en el artículo 62, estipula que tanto las disposiciones normativas (actos administrativos generales u objetivos para nuestro derecho), como los actos administrativos, son nulos de pleno derecho, cuando: a) 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.

Por su parte, las disposiciones administrativas serán nulas de pleno derecho cuando 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.

Son anulables los actos y las disposiciones administrativas, según el artículo 63 de la LRJAP y PC, así: 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.

Trasladando estos conceptos al derecho administrativo colombiano, observamos que los actos administrativos (subjetivos y objetivos o “disposiciones administrativas”), podrían ser son nulos de pleno derecho cuando involucren omisión total y absoluta de los procedimientos, trámites o formas, prefijados en la ley y que contengan “*reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*”, o cuando se trate de “*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*”, según los literales e y f, del artículo 62 de la LRJAP y PC. En ambos casos como se observa los requisitos son de la esencia en la configuración de la voluntad de la administración o configuración del acto administrativo, a tal punto que afectan o amenazan afectar un derecho o interés legítimo, y en tal virtud si estos actos se adoptan o forman con estos vicios formales son nulos de pleno derecho.

Pero como nuestro derecho administrativo prevé en el artículo 84 del C.C.A., que todo acto administrativo puede ser anulado cuando se emita en “forma irregular”, también cabe la posibilidad prevista en el derecho ibérico para el fenómeno de la anulación de los actos y disposiciones administrativas. En tales eventos, podríamos decir que son anulables ante la jurisdicción contencioso administrativa los actos, siempre y cuando “el defecto de forma” determine que “el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados” (artículo 62-2, LRJAP y PC), vale decir, que amenace el elemento teleológico y el derecho de defensa del titular o interesado legitimado.

11.1.4. CUARTA CAUSAL: VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO, REFERIDO A LA FALSA MOTIVACION DEL ACTO.

En vigencia de la ley 167 de 1941, primer Código de normas administrativas colombiano, asimilaba la desviación de poder a la falsa motivación, cuando se refería a las causales de anulación de los actos administrativos. El denominado Código Contencioso Administrativo desde 1984, acaba con aquella homologación, siguiendo para ello las pautas jurisprudenciales del Consejo de Estado y la doctrina foránea, especialmente la francesa. En efecto, se configura como causales independientes y autónomas la falsa motivación y la desviación de poder. El C.C.A., modificado por el Decreto-ley 2304 de 1989 y últimamente por la Ley 446 de 1998, en el artículo 84, confirma la autonomía e independencia de las causales de anulación de los actos administrativos que histórica, legislativa como doctrinalmente había permanecido unidas, porque una forma de desviación de poder por parte de la administración pública era a través de falsear la verdad del contenido (fundamentación fáctica et de iure) del acto. *“Basta señalar –como dijera Diego YOUNES^[70]– que no puede confundirse una equivocada interpretación de una norma legal con aquel fenómeno jurídico (falsa motivación) que tiene su fuente en las circunstancias fácticas que preceden o provocan las decisiones administrativas”*, para distinguir la desviación de poder de la falsa motivación del acto.

André de LAUBADERE^[71], expresa que la llamada por nuestro régimen jurídico-procesal falsa motivación no es otra cosa que los hechos objetivos, anteriores y externos del acto y cuya existencia lleva al autor del acto a dictarlo.

El C. de E., en Sentencia de 15 de Diciembre de 1955, nos ilumina al respecto, al distinguir entre falsedad material y falsedad ideológica en los siguientes términos:

" La ineficacia de un acto administrativo viciado de falsedad ideológica sólo puede lograrse mediante la sentencia que ponga fin a la respectiva acción contencioso administrativa Por el contrario, la falsedad material, que resulta de la alteración del escrito en su forma, en su contenido o en las firmas que inicialmente lo autorizan, con el propósito de darle otra forma, otro contenido y otra autorización, es la única susceptible de dar lugar al incidente o tacha de falsedad de que trata el Código Judicial (Hoy, Código de Procedimiento Civil). En materia de falsedad en los Actos Administrativos, es preciso observar que no todo desacuerdo con la verdad debe sancionarse. La sanción a la administración por un hecho inexacto debe guardarse teniendo en cuenta el perjuicio realmente recibido.

Puede haber casos en que no hay perjuicios indemnizados por la destitución de un funcionario.

El C. de E., inicialmente sostuvo en forma absoluta fundándose en la teoría de la falsa motivación, concebida por las doctrinas extranjeras que los actos de la Administración apoyados en hechos inexactos, cualquiera que fuera el grado de esta, no tienen validez, con todas las consecuencias anexas, considerando que al demostrarse que no son ciertas los hechos en que ellos se basan se desvanece la presunción de legalidad que los ampara".

El profesor *Libardo RODRIGUEZ*, estima que la causal de falsa motivación, comprende dos posibilidades.

1) Puede consistir en que la ley exige unos motivos precisos para tomar una decisión y el funcionario expide el acto sin que esos motivos se hayan presentado en la práctica, caso en el cual se habla de *“inexistencia de motivos legales o falta de motivos”*. Esta causal tiene operatividad cuando el funcionario administrativo tiene una competencia reglada.

2) Los motivos invocados por el funcionario para tomar la decisión no han existido realmente, sea desde el punto de vista material, sea desde el punto de vista jurídica. Se habla entonces de la inexistencia de los motivos invocados, de *motivos erróneos*, o de *error de hecho o de derecho en los motivos*. Hay error de hecho, cuando se solicita la expedición de un acto, y el funcionario lo hace sin existir tal solicitud. Y habrá error de derecho, cuando el hecho existe realmente, pero ha sido mal apreciado por el funcionario como cuando un funcionario solicita una licencia de vacaciones y se le conceden otra.

La doctrina en el derecho ibérico ^[72], divide la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos (objetivos y subjetivos), por razón de sujeto (incompetencia manifiesta e incapacidad del contratista); por razón del contenido (actos de contenido imposible y actos de contenido delictivo); y, por razón de la forma (actos dictados prescindiendo total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido y actos dictados prescindiendo de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados). Ahora bien, la falsa motivación del acto prevista en el derecho colombiano, bien puede ubicarse en el segundo grupo de la mencionada clasificación, por cuanto ésta afecta al contenido mismo del acto, tanto en aquellos actos de "contenido imposible", entendiendo como tal la imposibilidad física que abarca actos cuyo objeto es inadecuado a la finalidad del acto (v.gr. nombramiento de funcionario recaído a favor de una persona fallecida) o es de imposible realización (licencia de construcción de un edificio para 5 días); o también, la imposibilidad lógica, que cubre actos cuyo contenido es indeterminado e indeterminable (sanción sin especificación de cuantía, fecha, etc), o cuyo contenido es contradictorio (Una resolución sancionatoria disciplinaria de un funcionario que fundamenta la imputación en hechos relatados en la parte considerativa y en la parte resolutive o dispositiva niega esos hechos, absolviéndolo).

Pero donde más se evidencia esta causal de falsa motivación del acto, es en aquella subclasificación que hace el derecho ibérico del contenido del acto, al mencionar que son nulos de pleno derecho aquellos actos cuyo contenido sea "delictivo". En efecto, en el derecho español se reputan nulos los actos que en sí mismo son constitutivos de delito (v.gr. expropiaciones improcedentes o informales; exacciones ilegales, certificaciones falsas, usurpación de funciones administrativas, etc), como aquellos otros, que sin serlo por sí mismos, se imponen por medio de un acto delictivo (v.gr. Falsificación de la fecha de entrada en el registro para beneficiarse de la prioridad o para eludir o producir la preclusión; actos dictados mediante cohecho, etc).

11.1.5. QUINTA CAUSAL: VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO REFERIDO A LA DESVIACION DE PODER

En el derecho administrativo colombiano el C.C.A., desde 1984, en forma mas explicita y amplia que la Ley 167 de 1941, consagró como causal de nulidad de los actos administrativos la "*desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió*", entendiendo dicha desviación no al grado de desconocimiento de las competencias prefijadas en el ordenamiento jurídico, sino a las atribuciones finalísticas que tiene la función pública o las personas privadas con función pública en todo su gestión o concreción de actos administrativos, es decir, en cumplir los fines del Estado, el interés general o comunitario, la satisfacción de necesidades colectivas y la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y las normas jurídicas (artículo 2, constitucional).

El elemento teleológico de todo acto administrativo, --como antes se vio-- en el derecho administrativo colombiano tiene rango legal y constitucional, tal como se desprende de la lectura del preámbulo y los artículos 2, 123 Inciso 2º y 209 de la Constitución de 1991, pues toda actuación de la administración pública o de las personas privadas con función pública debe orientarse a los fines generales o comunitarios del Estado, a los principios de efectividad, moralidad, igualdad, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad o los mecanismos jurídicos sustanciales y procesales garantizadores de los derechos o intereses

legítimos previstos en el ordenamiento jurídico. Quizá por ello, se puede decir que la desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos en nuestro derecho hunde sus raíces en la misma base piramidal del ordenamiento jurídico: La Constitución de 1991.

La desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos en el derecho colombiano, tiene ascendencia en la jurisprudencia francesa desde el famoso fallo en el caso "LESBATS", calendado el 25 de febrero de 1894, en donde el Consejo de Estado francés conceptúo:

" Los administradores no pueden usar de su poder, sino para perseguir determinado fin, el interés general, el que impone la buena administración. Si no se observan esta prescripción el acto será ilícito, desconoce y viola el espíritu de la ley y por consiguiente está dictado ilegalmente. Siendo ilegal el acto, el Consejo de Estado puede anularlo".

En principio, la desviación de poder fue catalogada como una forma de uso diferente del poder al desconocer la verdadera finalidad que debe satisfacer la administración pública a través de sus gestiones, actuaciones y concreción en actos administrativos. El interés de la colectividad debía orientar como finalidad primaria todo el quehacer de la administración pública, máxime cuando se pronunciaba mediante actos. Si se desconocía o vulneraba dicha actividad finalística del acto, éste se reputaba ilícito y en consecuencia anulable.

Por esto, el derecho ibérico concordante con este planteamiento y hasta la actualidad y con gran razón estima que los actos administrativos y las disposiciones administrativas (actos objetivos del derecho colombiano) de la administración pública son anulables cuando *"incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder"* (artículo 63-1 de la LRJAP y PC), entendiéndose que en este último caso la violación del ordenamiento jurídico se trasgrede por desconocer el elemento teleológico de la configuración del acto y no ninguno otro. Así se había reconocido por la doctrina ibérica anteriormente (Entrena Cuesta, Martín Mateo, González Navarro; entre otros). En todo caso, debe tenerse en cuenta, que la administración debe someterse a una especie de regla de conducta, cual es, la de perseguir el interés público en cada una de sus actuaciones, por ello en un Estado de Derecho no puede hablarse de *"potestades o actos libres de toda vinculación: el fin a perseguir estará en todo momento reglado. Con lo que se da el salto de la arbitrariedad estatal a la actividad discrecional"* ¹⁷³.

En los términos expuestos la doctrina francesa con *LAFERRIERE*, definía la desviación de poder como el *"vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el cual fue instituido, haciéndolo servir para finalidades para las cuales no estaba destinado"*. En él venía un "abuso de mandato conferido al administrador que se caracteriza por la incorrección del fin de las intenciones que han guiado al administrador". En dicho concepto soslayaba la relación existente entre el desconocimiento de la finalidad de todo acto prefijada en el ordenamiento jurídico y la actividad del funcionario en representación de la administración pública usando o abusando del poder conferido por fuera de dicha finalidad, para hablar de la configuración de la desviación de poder.

El Consejo de Estado colombiano, ha reiterado que la Administración, en sus actos o decisiones administrativas, no debe buscar unos fines distintos a los señalados en la ley – y primariamente en la Constitución de 1991— tales como: a) El interés general; b) que entre en la competencia del agente que realiza el acto, y c) que aún siendo lícito y realizado dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto.

Sin embargo, el C.E., en Sentencia de 25 de noviembre de 1971, entendió que la causal de desviación de poder no se configuraba por violar competencias previstas en un texto

normativo prefijado en el ordenamiento jurídico en forma directa, pues en tal evento se desvirtuaba la autonomía e independencia de la propia causal y “*automáticamente la cuestión quedaría comprendida entonces en alguna de las otras causales de anulación*”. Con dicha postura el C.E., no desconocía que la vulneración del ordenamiento jurídico pueda darse en forma indirecta, como en realidad así sucedía (en Sentencia de 8 de Marzo de 1978, se reconoció que “*la desviación de poder...es una forma de ilegalidad indirecta...*”) y aun cuando relegaba la calificación de la configuración de la causal de desviación de poder sólo al juzgador en los casos puntuales puestos a su consideración judicial. Una cosa era la determinación de la autonomía e independencia de la causal de desviación de poder de cualquiera otra en el derecho colombiano; y otra, muy distinta la determinación elemento teleológico de todo acto administrativo basado en fines estatales constitucionales y normativos. Fines que desde la Centenaria Constitución de 1886, hasta la ratificación en la Constitución de 1991, se mantienen incólumes

Hoy en día se tiene claro que los fines públicos, generales o colectivos que debe respetar la administración pública al emitir un acto administrativos sí están prefijados en la Constitución y las normas jurídicas y si son desconocidos por el funcionario estatal o la persona privada con funciones públicas está perfectamente ubicando en la causal de desviación de poder por perseguir fines contrarios, diferentes, omisivos o extralimitados del actuar conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Esta causal de nulidad tiene una abundante doctrina y jurisprudencia nacional y foránea (Waline, Sayagues Laso, Fiorini, Prat, García de Enterría, González Pérez, Rodríguez, Penagos, Sarriá) en lo referente a la configuración y demostración teórica de las variadas modalidades de desviación el poder, pero en la práctica judicial, al menos colombiana, una persona se encuentra ante verdaderas talanqueras sociales, políticas, culturales, económicas, etc. que obstaculizan la demostración plena y palmaria de la causal, por variadas razones y entre las que se destacan las de índole probatorio, es decir, la utilización de los medios de prueba idóneos, oportunos y viables. A tal punto, se presenta esta situación que en no pocas ocasiones es difícil por no decirlo imposible demostrar la desviación de poder por causas religiosas, económicas, políticas, por intereses personales de índole racial, sexual, ideológico, psicológico, etc., puesto que estos aspectos en la mayoría de las veces pertenecen a la órbita interna o psicológica del funcionario que emite el acto y solo se exteriorizan cuando se logra probar que cierta inclinación o desviación de la finalidad última del acto (el interés público o su finalidad específica) es evidente por que aquí la “desviación de poder es un vicio que se presenta bajo la aparente legalidad” (Sentencia del Tribunal de Cundinamarca de Julio 3 de 1981), pero la finalidad o móviles que debe tener en cuenta la autoridad administrativa se han distraído hacia diferentes utilidades o usos.

El juez contencioso administrativo en el derecho colombiano, no debe olvidar que al analizar la finalidad que persigue el legislador al otorgarle atribuciones al funcionario estatal para expedir un acto administrativo, según el ordenamiento jurídico vigente, no presupone que estas finalidades deban variar según las modalidades de quien las interpreta o aplica, quizá por ello el profesor *Libardo RODRIGUEZ*, manifiesta que el “*interés general o público*” como finalidad primera de todo acto administrativo legal y oportunamente emitido se ve presionado por circunstancias psicológicas o internas del funcionario administrativo que causan un desvío de poder, así por ejemplo, cuando un alcalde expide una reglamentación sobre el funcionamiento de salas de cine, resulta una de éstas especialmente considerada porque él tiene intereses económicos en ésta. En igual forma, se presenta desvío de poder, cuando el legislador aún previendo la finalidad general estima otras posibles que no están taxativamente enunciadas por el legislador. En ambos casos se estará ante un acto ilegal por desviación de poder.

La jurisprudencia francesa, según *LARGACHA Y POSSE* ^[74], ha establecido los casos en los se presenta a la desviación como vicio del acto administrativo, y por tanto, se impone a consecuencia la nulidad del mismo. Estos son:

1. Cuando el funcionario estatal al expedir un acto administrativo elude el respeto a la institución de la “cosa juzgada” devenida de un fallo judicial previo.

2. Cuando hay un “fraude a la ley”, cualquiera sea el fin obtenido por el acto administrativo, tal como lo anota *Marcel Waline*.

3. Cuando el funcionario estatal al expedir el acto administrativo lo hace con un fin distinto al previsto por el ordenamiento jurídico, es decir, que actúa *ab initio*, con un móvil ajeno al interés público. Este caso, se desdobra así:

a) Cuando el funcionario actúa con una finalidad personal, con móviles políticos, estrictamente personales, de lucro, de venganza, de culto, etc.

b) Cuando el funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o a un grupo de terceros.

c) Cuando el funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la misma Administración Pública. Es el caso, según *ALTAMIRA* del funcionario que con “un falso concepto de función y con erróneo espíritu finalista y estatista pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración o el Estado” .

d) Cuando el funcionario aún persiguiendo un interés general este no es el que se ha señalado por el ordenamiento jurídico como tal.

e) Cuando la Administración pública emplea determinado poder en vistas de conseguir un fin que jurídicamente sólo pudo obtener utilizando un procedimiento distinto. Esta forma extensiva de desviación de poder, según anota *LARGACHA Y POSSE* ^[75], ha sido planteada por *WALINE*. Es el caso de un funcionario que para dictar un acto debe utilizar un procedimiento ordinario y por algún interés utiliza un procedimiento breve y sumario.

En este último caso debe aclararse, en nuestro derecho, que para no confundir la desviación de poder con las “vías de hecho”, se debe enfatizar que la ausencia del procedimiento o cambio de este ha de ser parcial, pues si la ausencia es total y absoluta existirá vías de hecho y no desviación de poder.

Por el contrario, no habrá desviación de poder cuando la administración, aunque persiga un fin diferente del previsto en el ordenamiento jurídico, esta obligada indefectiblemente a tomar la decisión o medida. Igual caso, sucede cuando existen pluralidad de fines y al menos uno de ellos es legal, sin embargo, este debe ser determinante de la decisión, según lo ha planteado *André de LAUBADERE*.

12. LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, NO DE LOS “ACTOS INEXISTENTES”.

En el siguiente aparte trataremos un aspecto que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha tenido profusos pronunciamientos unos para desvirtuar *per se* la existencia de los llamados “actos inexistentes” (“actos pretendidos o supuestos”) dentro del derecho administrativo y más bien hablar de la inexistencia de los actos administrativos como tales, puesto que si se hace mención a actos inexistentes de suyo se esta pronunciando sobre una asunto de inocuidad en el derecho administrativo (no merece tratamiento o discusión un fenómeno que jurídicamente no existe). Lo que si tiene relevancia en el derecho administrativo colombiano es el estudio de la inexistencia del acto administrativo desde la óptica de la existencia y la validez, tal como lo ha propuesto el Consejo de Estado.

Para otros autores, el problema de la inexistencia y la nulidad de los actos administrativos lleva aparejada una discusión doctrinal y jurisprudencial, pero no legislativa, puesto que ninguna legislación administrativa, incluida la colombiana, se ha manifestado expresamente sobre el particular, y en último caso, si se llegare a presentar en los estrados judiciales se sanciona y califica como un grado o estadio de irregularidad insubsanable o nugatoria del acto, o más radical aún que la simple nulidad, según fuere el caso y circunstancias. Las acciones judiciales en cualquiera de estos casos debería ser, según algunos autores, imprescriptibles y disponibles para cualquier persona que se vea involucrado o mermado en sus derechos o intereses legítimos.

Sin embargo, bien vale la pena abordar esta discusión doctrinal y jurisprudencial a los efectos netamente académicos.

12.1. DIFERENCIA ENTRE NULIDAD E INEXISTENCIA DEL ACTO

André de LAUBADERE ^[76], plantea la diferenciación de la nulidad y la inexistencia de los actos administrativos, por cuanto sostiene que los dos fenómenos jurídicos presentan rasgos particularizantes que en cierto modo confirman la diferencia, a la vez que sus posibles similitudes. Se debe distinguir también estos institutos jurídicos tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo, puesto que en el ámbito civil, la teoría de la inexistencia del acto o negocio nació tras la preocupación de los juristas y operadores jurídicos (especialmente los jueces) de sancionar --sobre todo, en asuntos matrimoniales--, las denominadas “*irregularidades groseras*” no previstas en la normas jurídicas. En el campo administrativo, la inexistencia del acto tiene importancia cuando los tribunales con base en su facultad de control (de constitucionalidad o legalidad del acto, en el derecho colombiano) tienen que declarar la inexistencia de algunos actos.

André de LAUBADERE, se pregunta si ésta distinción (nulidad e inexistencia) la estableció la ley. El se responde: Es muy difícil que lo haya hecho con precisión, porque se trata de una cuestión obscura y porque la doctrina por su parte ha dado diversas interpretaciones a lo previsto sobre el particular y otro tanto ha hecho la jurisprudencia. Sin embargo, la jurisprudencia ha utilizado otros términos diferentes a la “inexistencia” para sancionar y calificar las irregularidades graves de los actos administrativos muy diversos a los de simple nulidad.

Mucho más difícil aún ha resultado en el derecho francés como en el colombiano, deducir los efectos jurídicos de una y otra institución, pues allí las posiciones doctrinales y jurisprudenciales se dividen en tantas como autores que las pronuncian.

Para *Manuel María DIEZ*, citado por *PENAGOS* ^[77], siguiendo las posturas y teorías francesa sobre la materia, sostiene que pueden denotarse dos grados o estadios de la inexistencia: un primero, que sería calificar al acto inexistente (que mejor sería decir inexistencia del acto), como aquel que no ha nacido; y un segundo grado establecer que es el grado máximo de la nulidad. En efecto,

"En sentido literal, acto inexistente es aquel que no ha nacido, vale decir que está presente como si hubiera existido, pero que no existió en realidad. En este supuesto se concibe que se trata de algo más que de la ilegalidad de un acto, y que la sanción puede ser más radical que la de la simple nulidad. En estos casos el C. de E., emplea las palabras acto inexistente o también pretendido o supuesto. El C. de E., reconoce consecuencias radicales a esa inexistencia: la acción para atacar al acto inexistente es imprescriptible; los medios jurídicos previstos por la ley para los actos ilegales no pueden ser empleados.

En segundo sentido la inexistencia designa una irregularidad particularmente grosera del acto administrativo, un grado extremo de nulidad, En este sentido la teoría de la inexistencia es confusa. La dificultad parte de la noción de acto inexistente?. A partir

de qué grado de irregularidad la nulidad se transforma en inexistencia? Se comprende entre estos actos los casos de incompetencia grosera, usurpación de función. Las consecuencias que la jurisprudencia atribuye a esta categoría de actos inexistentes son poco claras o contradictorias; emplea además una terminología distinta a la utilizada para el supuesto de la simple nulidad. Así se refiere a acto nulo y de efecto nulo, acto enteramente inoperante. Admite la jurisprudencia que el acto groseramente irregular no puede ser confirmado, pero los actos de esta categoría pueden ser objeto del recurso, por exceso de poder, dentro del plazo normal, Pareciera que la consecuencia principal de la inexistencia del acto administrativo, entendido en el sentido de una grosera irregularidad, sea el carácter de vía de hecho de los actos de ejecución material realizado para su aplicación, carácter que trae aparejado la competencia judicial ".

En este planteamiento doctrinal la inexistencia del acto administrativo se analiza tanto en su nacimiento, desarrollo como efectos jurídicos, así como las vías judiciales que existirían para hacer desaparecer de la vida jurídica algo "que no ha nacido" o que si nació se entiende que no existe para el mundo del derecho. Quizá por esta última razón es por lo que se considera un estudio estéril el realizado sobre esta mal llamada clase de "actos inexistentes" y si se hace mención a la inexistencia del acto como originada en circunstancias de falta de competencia (objetiva, subjetiva o funcional) del funcionario que pudo expedirlo, o incluso en abuso, usurpación o extralimitación del funcionario, con lo cual en el derecho administrativo francés la vía judicial idónea para remediar esta clase de actividades groseras o máxima irregularidad de la administración se resuelven a través del "*recurs de excés de pouvoir*", es decir, el equivalente a la acción de nulidad de los actos administrativos en el derecho administrativo colombiano.

12.2. EL FENÓMENO DE LA INEXISTENCIA SEGUN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia colombiana, en Sentencia de 15 de Septiembre de 1943, Sala de Casación Civil, consideró inoficioso hablar de la inexistencia de los actos, negocios o contratos, puesto que el ordenamiento jurídico no dedica tratamiento especial ni general a dicho fenómeno jurídico que ha sido objeto de discusión más doctrinal que jurisprudencial. En efecto, la Corte al analizar el fenómeno de la "inexistencia", aplicado al tema de la contratación civil o de derecho común, ha explicado que la inexistencia del contrato o negocio jurídico, solo cabe tratarla desde el punto de vista del fenómeno jurídico de la nulidad que si tiene regulación normativa en el derecho colombiano, a la par que el fenómeno de la "inexistencia" del contrato no tiene expresa normativización, y por consiguiente, no tiene autonomía ni independencia si no es analizada desde la órbita de la nulidad, por ello, nos recuerda que

"la expresión contrato inexistente es en si misma contradictoria. Y lo es porque el concepto contrato enuncia la existencia de un ente, o una realidad jurídica creada que puede ser viciosa pero en todo caso existente es decir, enuncia una determinada relación con el atributo propio de los entes. En cambio el calificativo inexistente, es la negación misma del ente: y una cosa no puede, ser y no ser, vale decir, no puede ser ente y no serlo al mismo tiempo. En rigor, prácticamente hablando el problema en si cabe o no pensar en inexistencia es del todo inoficioso, puesto que aún obrando por la afirmativa, ello es que la ley no ofrece casilla para tal fenómeno ni le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que si es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley. Por tanto piénsese sobre eso lo que se quiera, en lo judicial se les ha de colocar en el concepto de nulidad absoluta, lo que nos deja en situación o calidad de cuestiones meramente metafísicas, sin trascendencia o sentido práctico, por interesantes que sean de suyo".

La Corte, por estas consideraciones descarta la existencia del fenómeno de la inexistencia del contrato en el ámbito del derecho civil, pero perfectamente aplicable al derecho administrativo, no sólo al tema de "la contratación estatal" (que no solamente "administrativa", por disposición de la Ley 80 de 1993), sino al tema de los actos o negocios jurídicos en general, dentro de los cuales se ubica a los "actos administrativos". Aquí bien cabe trasladar los conceptos de la Corte, al tema de los actos administrativos, porque hay identidad de materia, jurídica, conceptual y funcional de un mismo fenómeno jurídico: "la inexistencia". Bien podríamos decir, que existe una "analogía iuris" perfectamente trasladable.

En tal virtud, el concepto de la Corte, sobre la inocuidad de la discusión jurisprudencial del fenómeno de la inexistencia del acto, negocio o contrato es evidente en el plano civil como administrativo. Por ello, se llega a plantear que si se presentara en el caso *sub lite* que conoce la Corte, a título de discusión jurisprudencial, la forma de solucionar estos casos sería a través de la declaratoria de la nulidad absoluta, insubsanable y con un pronunciamiento de efectos *ex tunc* o retroactivos, es decir, como si el acto nunca hubiera existido o si existió nunca produjo efectos jurídicos.

12.3. EL FENÓMENO DE LA INEXISTENCIA SEGUN EL CONSEJO DE ESTADO.

El Consejo de Estado Colombiano, en varios pronunciamientos, pero particularmente en el Auto de 18 de Febrero de 1970, abordó el fenómeno de la inexistencia de los actos administrativos, no en un plano de rotundidad e infirmitad jurisprudencial tal como lo hizo la Corte Suprema, sino desde la óptica y planteamiento de la existencia, eficacia y validez de los actos administrativos, a fin de viabilizar dentro de estas categorías un tratamiento y solución jurídicas al fenómeno de la inexistencia.

En efecto, el C.E., comienza reconociendo que la noción de inexistencia es confusa y que solo ha llegado a discutirse porque ha sido la jurisprudencia mundial la que la ha puesto en evidencia al estudiar los elementos de la existencia o inexistencia del acto administrativo. En este orden de ideas, expresa que el sujeto, el objeto y la forma son elementos indispensables para la existencia del acto, si falta uno de estos elementos esenciales trae conjuntamente la "ausencia del mismo acto". En estas eventualidades bien se puede decir que el "acto no ha nacido, precisamente por falta de los elementos esenciales".

Situación distinta es la que se plantea, --dice el C.E.-- cuando se presentan vicios o defectos de forma, pues en estos casos el

"acto habría nacido aunque afectado por un vicio, que podrá dar lugar a su invalidez. La nulidad es un concepto jurídico, resulta de un obstáculo legal, la inexistencia deriva de un impedimento que está en la naturaleza misma de las cosas. Puede existir un acto al que le falta el elemento constitutivo y en este es absolutamente ineficaz y se considera que en ningún momento tiene vigencia".

Sin embargo, el C.E., en esta misma providencia parece darle un reconocimiento jurisprudencial a los llamados "actos inexistentes", pues se acoge a la conceptualización de que un acto que le falta un elemento esencial para su constitución siendo ineficaz, no tendría vigencia y el único remedio sería la nulidad del mismo. Por ello, sostiene:

"Se cita como ejemplos de actos inexistentes (denominación defectuosa y contradictoria, rechazada por algunos autores como Bielsa, pero que se ha ido abriendo camino sobre la base de que se trata de una inexistencia jurídica que transforma el acto en un simple hecho sin valor jurídico alguno) los realizados por el usurpador y en general, todos aquellos en los cuales falta uno de los elementos inherentes del acto, sujeto, objeto o forma. Según la afortunada expresión del tratadista 'hay acto inexistente cuando el sujeto, objeto o voluntad no han sido condiciones en su creación por la legislación'".

Pero también se diferencian de estos estadios del acto administrativo, los llamados “actos imperfectos”, que son aquellos que para su formación requieren la “realización de un determinado procedimiento, y son imperfectos, mientras no se ha cumplido la totalidad de él”.

El Consejo de Estado, en Sentencia de Junio 30 de 1978, consideró que si detectaba en la admisión de la demanda que se trataba de un acto denominado “inexistente”, debía pronunciarse sobre la declaratoria de “inhibición para conocer, o incompetencia para ello, por tratarse de la acusación de un acto inexistente”. Pero que en todo caso, cuando el juzgador contencioso administrativo, que habiendo podido hacer esto, no lo hizo y admitió una demanda contra aquel acto, “la oportunidad procesal para resolver la petición de suspensión provisional no es la adecuada para adoptar tal decisión”.

En el salvamento de voto a la anterior sentencia, explicó y clarificó que son dos categorías diferentes la “inexistencia del acto” y el “acto inexistente”, y que como tal, en nuestra legislación y jurisprudencia colombianas, sólo se reconoce la inexistencia del acto, pues el “acto inexistente no cabe dentro de las nociones generales del derecho que informan nuestra ley positiva y el régimen de nulidad a que están sometidos todos los actos de la administración...”, si cabe dentro nuestro régimen la “*inexistencia del acto como un hecho que no alcanza a adquirir la fisonomía de ‘acto’ y por eso mismo no es susceptible de control jurisdiccional de anulación, pues no tiene la virtualidad de crear situaciones jurídicas abstractas o concretas*”. Agrega: “*cuando más puede ser factor causal de perjuicios que deban ser indemnizados*”, siempre y cuando se demande las “vías de hecho” que configuraría en este caso y no la de “acto inexistente”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido reiterada en afirmar que la inexistencia del acto (o “acto inexistente” como insisten algunos autores), no es objeto de control jurisdiccional, puesto que el C.C.A., en su artículo 83, expresa enfáticamente que la jurisdicción contencioso administrativa “juzga los actos administrativos”, es decir, que se entiende que estos actos se reputan como tales y no como “inexistentes”, pues de suyo se entendería la incompetencia de la justicia administrativa. Además, porque es sabido que estos “no pueden ser convalidados ni necesitan ser invalidados... No resulta necesario... un acto posterior que lo prive de validez, ni es posible que actos posteriores lo confirmen y homologuen, dándole eficacia” (Auto de Noviembre 15 de 1984, Sala Contencioso Administrativo).

12.4. EL FENÓMENO DE LA INEXISTENCIA DEL ACTO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.

Hemos adelantado que la legislación colombiana, no reguló el tema de la inexistencia (de actos, negocios o contratos), y en tal virtud, jurisprudencial como doctrinalmente nuestros Tribunales Especializados como Comunes si han tenido oportunidad de abordar el tema ya desde la óptica de la existencia, eficacia y validez de los actos, ya desde la diferenciación entre la nulidad y la inexistencia de los actos, tal como lo ha hecho el Consejo de Estado y Tribunales Administrativos; o bien desde la negación rotunda del fenómeno de la inexistencia y lo poco práctico que resulta hablar de ello, si el ordenamiento jurídico vigente en ningún texto ha reflejado dicho fenómeno, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en varios pronunciamientos, sobre los llamados “contratos inexistentes” o “inexistencia de contratos”. En uno y otro casos, este fenómeno de inexistencia no puede hacer parte del ordenamiento jurídico vigente, aún cuando tengan tratamientos de solución jurisprudencial diferentes.

Pese a lo dicho, el Consejo de Estado, en Auto de febrero 18 de 1970, estimó que el Juzgador contencioso administrativo en el auto admisorio de la demanda sobre un supuesto acto o “acto inexistente” deberá pronunciarse expresamente sobre aquella hipótesis, porque de no

hacerlo se estaría incurriendo en una especie de denegación de justicia, pues el “*es deber del fallador, estudiar todos los aspectos de la legalidad que se le han propuesto y proceder a declarar la nulidad si la encontrare, pues de no ocurrir así se caería en un extremo de hacer prácticamente inexpugnables actuaciones densas de arbitrariedad*”. Esto siempre y cuando el “supuesto acto” impugnado ante la jurisdicción haya producido algún efecto jurídico anterior a su demanda, pues en estos eventos “*lo más lógico es declarar la nulidad, con el fin de volver las cosas a su estado anterior*”.

En la historia legislativa colombiana desde la expedición de la Ley 4ª de 1913, que dio vida a la Ley 130 de 1913 y las cuales regulaban sobre el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, aún con textos diferentes a la Ley 167 de 1941 y luego el Decreto-ley 01 de 1984, constitutivos del Código Contencioso Administrativo Colombiano, jamás en estas normas se manifestó expresa o tácitamente la posibilidad de la judicialidad de los actos que no fueran catalogados de administrativos, es decir, se excluía de suyo el control jurisdiccional de los “actos inexistentes”. Cosa diferente es que desde el Decreto-ley 01 de 1984, la legislación colombiana le dio un tratamiento de judicialización a todos aquellos actos administrativos nominados como tales, y aún a los que adolecieran de vicios esenciales en su constitución (objeto, sujeto o forma). Este objeto jurisdiccional homologado fue confirmado por el D.E. 2304 de 1989, que reformó parcialmente el C.C.A.

En efecto, el C.C.A., vigente sostiene en el artículo 84 que son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa para que se declare su nulidad todos “los actos administrativos” (inciso 1º); pero también, son demandables aquellos actos administrativos “*no sólo cuando... infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionario u organismo incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió*” (inciso 2º). Y agregó en el inciso 3º, que la acción de nulidad de actos administrativos se extendía a aquellos actos *ab initio* no catalogados de administrativos, pero que por su contenido y efectos fácticos y jurídicos se reputaban de tales. Así se judicializó legalmente las “circulares de servicio y los actos de certificación y registro” que antes se habían connotado por vía jurisdiccional. Pero en ninguno de los casos, como se observa no son judiciales los “actos inexistentes”, pues para ser objeto de control constitucional y legal por parte de la jurisdicción contencioso administrativa necesita como condición *sine qua nom* su existencia previa normal o irregular o imperfecta, pero al fin y al cabo su existencia.

-
- (68) SANTOFIMIO, Jaime Orlando. EL ACTO..., Ob ut supra cit., págs. 298 a 300
- (69) Véase nuestro trabajo: **La desjudicialización del procedimiento administrativo disciplinario de los funcionarios y empleados de la rama judicial en Colombia.**
- (70) YOUNES MORENO, Diego. **CURSO ELEMENTAL...** Ob. ut supra cit., pág. 175.
- (71) DE LAUBADERE, André. **Manual de Derecho Administrativo.** Ed. Temis, Bogotá, 1984, pág. 80.
- (72) GONZALEZ NAVARRO, Francisco. **DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.** Tomo II, Ed. EUNSA, Universidad de Navarra (Pamplona), España, 1988, pág. 147 y 148.
- (73) ENTRENA CUESTA, Rafael. **CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.** Vol. I. Ed. Tecnos, Madrid, 7ª ed., 1982, pág. 205.
- (74) LARGACHA MARTINEZ, Miguel y POSSE VELÁSQUEZ, Daniel. **CAUSALES DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.** Ediciones Doctrina y ley, Bogotá, 1988, pág. 195
- (75) *Ibidem*, pág. 197.

- (76) DE LAUBADERE, André. *EL ACTO ADMINISTRATIVO*. Editorial TEA, Buenos Aires, 1956, pág.306
- (77) PENAGOS, Gustavo. *EL ACTO ADMINISTRATIVO*. 4ª ed., Ed. El profesional, Bogotá, 1987, pág. 221.

Actualización: Pasto, Abril 1 de 2008

[INICIO](#)