

(Continuación).

CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Dr. Jairo E. Duque Pérez.

ACTOS DE TRAMITE

Según el art. 82 del C. C. A. el acto administrativo objeto de impugnación en vía jurisdiccional, es el *definitivo* en contraposición al *acto de trámite* que por limitarse a preparar la decisión final no es susceptible de producir por sí solo, efectos jurídicos directos y por ende, no es acusable. Pero cuando el acto de trámite entraña una decisión directa o indirecta del asunto fundamental de tal suerte que ponga término a la actuación o haga imposible su continuación, él constituye materia de litigio por el contencioso objetivo o subjetivo, según el caso.

El acto definitivo es el que resuelve sobre el fondo del problema planteado por la petición del particular o por la decisión de la administración y produce como lo dice A. Gordillo, efecto externo creando una relación entre la Administración y las demás cosas o personas. Su nota fundamental está en su *autonomía funcional*, que le permite producir derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular. (78).

Es necesario advertir que los efectos directos del acto pueden ser *provisionales* o *definitivos* y en ambos casos el acto es impugnabile ante

(78) - Gordillo A. Agustín: "El Acto Administrativo" pág. 53. Según este autor los efectos jurídicos han de emanar directamente del acto mismo; sólo entonces, son inmediatos; no basta con decir que la actividad es jurídicamente relevante, o que produce efectos jurídicos ya que siempre es posible que surja, en forma indirecta o mediata, algún efecto jurídico: debe precisarse que el efecto debe ser directo o inmediato, surgir del acto mismo y por sí solo, para que la clasificación tenga entonces un verdadero sentido jurídico preciso.



la J. C. A.; y lo ponemos de presente porque algún sector doctrinario erróneamente, considera que no son actos administrativos impugnables aquellos cuyos efectos no están destinados a ser "definitivos, error en que incurre el mismo artículo §2 del código al oponer como ya se dijo, el acto de trámite al acto definitivo. (79).

Los actos de trámite por constituir simples presupuestos de la decisión que cristaliza la función administrativa, no son acusables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Guardan similitud con los autos de sustanciación ya que se limitan a darle curso progresivo a la actuación y por sí solos, no son idóneos para irrogar perjuicio al particular o para lesionar el orden jurídico objetivo; más, cuando implican decisión directa o indirecta del asunto o ponen fin a la actuación, abren la vía de la acción administrativa. Fue esta una innovación que introdujo a la Ley 130 de 1.913 el C. C. A. inspirado por la legislación y doctrina españolas. (80).

Son actos de trámite acusables por ejemplo, cuando en un expediente sobre celebración de un contrato de explotación o exploración de petróleos se declara inadmisibile una propuesta, o que otro de los proponentes es de mejor derecho, etcétera.

OBJETO DE LA IMPUGNACION

Excluidos los actos cuyo estudio quedó hecho en los anteriores párrafos, los demás actos administrativos están sometidos a la fiscalización de legalidad por la acción DE NULIDAD.

Cuáles son en definitiva estos actos? Los enumeran los artículos 62 a 65 del C.C.A. de cuya sola lectura se infiere que tanto los actos GE-

(79) - Ello proviene según Gordillo, de un uso terminológico muy difundido en la doctrina y en la legislación, que habla de *acto definitivo* como sinónimo de *acto administrativo impugnabile*. Parece cierto que el término "definitivo" es completamente errado en estos casos.

(80) - Recaredo Fernández de Velasco en su "Resumen de derecho Administrativo y Ciencia de la Administración" (Tomo II, pág. 416) hace las siguientes consideraciones sobre los actos de trámite cuya parte final fue textualmente adoptada por nuestra legislación: "Se entenderá que causan estado las resoluciones dictadas por la Administración, atribuyéndose esta condición a las que se dictan por los organismos centrales y en su caso por los Gobernadores de Provincia, por los Delegados de Hacienda o por cualquiera otra autoridad que integre esta jerarquía con carácter independiente, cuando no sean susceptibles de recurso por la vía gubernativa, ya sean definitivas, ya de trámite, si estas últimas deciden directamente o indirectamente, el fondo del asunto de tal modo que pongan término a aquélla o hagan imposible su continuación".

NERALES como los PARTICULARES, y los ACTOS CONDICION, son objeto del contencioso objetivo.

Recuérdese que según JÉZE, el contenido jurídico de la función administrativa lo dan los ACTOS INDIVIDUALES (subjetivos) y los ACTOS CONDICION; este autor siguiendo a DUGUIT, excluye de la función administrativa los actos reglas (reglamentos) ya que para él (81), el reglamento es un acto legislativo desde el punto de vista material.

Por nuestra parte encontramos inadmisibile esta exclusión porque el reglamento, acto típicamente administrativo, no crea situaciones jurídicas nuevas ya que se encamina a la aplicación de la ley a casos particulares o a proveer por vía general, los modos de hacer aplicable la ley al caso especial.

De los actos generales administrativos no queda la menor duda de que el más importante es el REGLAMENTO; y de que en nuestro sistema es objeto directo de impugnación ante la J.C.A. en acción de NULIDAD. Igualmente en Francia desde 1.907 ante el Consejo de Estado por medio del recurso de exceso de poder y en solicitud de anulación. Lo mismo puede decirse del derecho italiano con la advertencia de que es preciso que por el solo reglamento se ocasione al particular una lesión directa de un interés también particular. (82).

(81) - Según Carlos Gustavo Arrieta en salvamento de voto publicado en los números 387 - 391 de los Anales del Consejo de Estado, Duguít a pesar de que rechaza la concepción organicista de la función administrativa e insiste en que el factor que determina la naturaleza jurídica del acto es el contenido y efectos de derecho que produce y no el sujeto que lo prefiere, admite sin embargo un rol muy importante a dicho criterio formal y orgánico. Dice así el citado profesor bordelés:

"Pero al mismo tiempo los reglamentos formados por los organismos o por los agentes administrativos son, incontestablemente actos administrativos desde el punto de vista formal, y todos los recursos administrativos, contenciosos o no que la legislación autoriza contra los actos individuales, propiamente administrativos, ejecutados por dichos organismos o agentes, son admisibles contra los actos reglamentarios"; y posteriormente agrega más enfáticamente:

"Conviene hacer observar que el punto de vista formal no carece de interés práctico. La cuestión, por ejemplo, de admisión de un recurso contra un acto, no puede, en general, ser resuelta sino atendiendo al carácter claramente determinado del órgano o del agente que lo ha realizado...

A la inversa, ciertos actos que no son intrínsecamente administrativos, según su naturaleza, son sin embargo, susceptibles de recurso administrativo, por emanar de una autoridad administrativa. Pero estas cuestiones, de naturaleza procesal, no tienen relación ni concomitancia alguna con la tesis o teoría de las funciones públicas.

(82) - "Régimen de impugnación de los actos Administrativos", Fernando Garrido Falla, pág. 151.



En España por el contrario, no existe acción *directa* contra el reglamento ilegal por el solo hecho de serlo, sino que es necesario el reglamento de la acción es la ilegalidad del reglamento, pero su oportunidad está condicionada a la aplicación que de dicho reglamento se haga al caso concreto. Por otra parte, los efectos del recurso si prospera, no serán los de anular el reglamento, sino simplemente los actos concretos de aplicación. El Tribunal no tiene poderes para anular actos administrativos de carácter general.

Criterio de distinción del acto general y del particular.

Desde el implantamiento de la doctrina del Consejo de Estado sobre la procedencia del contencioso administrativo en cualesquiera de sus dos típicas acciones contra cualquiera clase de actos de la administración, ha perdido mucha importancia la distinción entre los actos generales y los particulares.

La mentada distinción que tiene aplicación sólo respecto del agotamiento de la vía administrativa, pues los actos generales a diferencia de los individuales no se atacan por la vía gubernativa, debe normalmente, hacerse atendiendo al contenido del acto.

En el derecho español tal distinción tiene mayor importancia que entre nosotros, por lo que antes apuntamos sobre la inimpugnabilidad de los actos generales. (83).

El art. 30 del C. de Régimen Político y Mpal. estatuye:

“Los actos de los empleados, de carácter general, se denominan comúnmente, DECRETOS; los de carácter especial, RESOLUCIONES, bien que en ocasiones son objeto de los primeros, asuntos de carácter especial y recíprocamente, son de los segundos otros de carácter general”.

Este texto lejos de arrojar luz sobre la pretendida distinción, la oscurece. Garrido Falla sienta el siguiente concepto que compartimos completamente: “las *resoluciones* (actos particulares o concretos) suponen muchas veces un *expediente previo* que precisamente el acto administrativo viene a resolver”.

(83) - La justificación de esta exclusión la explica de la siguiente manera Royo Villanova:

“La naturaleza del contencioso administrativo estriba en ser un medio de

Por otra parte, y es este otro criterio de distinción, cuando una disposición se adopta en interés de la organización de un servicio público y en virtud de los poderes discrecionales que en orden al mismo tiene la administración, lo más probable es el carácter *general* de la misma.

EL REGLAMENTO

El reglamento es por definición una disposición administrativa de carácter general. Se caracteriza porque crea una situación jurídica general, impersonal, objetiva; o, para decirlo con Duguit, crea, organiza un poder jurídico impersonal, contiene esencialmente una regla de derecho, una norma jurídica. Es para el citado Profesor, una ley sin que interese el autor, ni las formas, ni el procedimiento a seguir.

Según su tesis la ley desde el punto de vista material, es el acto por el cual el Estado formula una regla de derecho objetivo o establece reglas, u organiza instituciones destinadas a asegurar el cumplimiento de una regla de derecho objetivo. La divide en dos grandes categorías: a). Reglas jurídicas normativas; b) Reglas jurídicas constructivas. Las primeras son las que imponen una determinada acción o abstención; las segundas las que hacen efectivas las primeras.

No existe para Duguit, desde el punto de vista material, distinción entre la ley y el reglamento ya que tanto la una como el otro crean una situación jurídica general e impersonal.

La generalidad que tiene el reglamento no es criterio suficiente para equipararlo con la ley pues él "no crea, modifica ni extingue una norma jurídica". Solamente provee en forma general, el modo práctico de su aplicación. Y concretándonos al reglamento o decreto reglamentario de la ley, podemos decir con Copete Lizarralde que es fundamental el argumento que distingue la ley del reglamento, en razón de que cuando se modifica este último, el derecho consagrado en la ley no sufre mengua. La ley por ejemplo, regula los recursos que deben tener los actos

reparar agravios y no de prevenirlos. Por eso no está permitido el recurso directo contra los reglamentos, por considerar el legislador que hasta que no se apliquen, no se produce lesión alguna".

Parece que lo anterior fue modificado por la nueva Ley de lo contencioso administrativo. Dice en efecto Eduardo Vivanco: "La vigente Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa ha dado un golpe más a la teoría de que la acción procesal era una consecuencia de un derecho subjetivo quebrantado. Lo ha dado al acoger el recurso objetivo de anulación cuyo ejercicio no implica derecho preexistente vulnerado" (ob. citada p. 126).

administrativos. A través del reglamento el ejecutivo puede determinar en cada caso concreto qué funcionario es competente para decidir sobre ellos. Mas, la variación del reglamento no destruye ni modifica el derecho.

El reglamento siempre debe de estar subordinado a la ley; no puede crear condiciones distintas de las señaladas por ella y, por tanto, no puede nacer de igual función. El reglamento es un acto indispensable para la aplicación de la ley; es el primer paso que se da para su ejecución; he ahí la razón de ser un acto típicamente administrativo. Las disposiciones reglamentarias son reglas de detalle, de ejecución.

El art. 62 del C. C. A. dispone:

“Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos capítulos anteriores, los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, los ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa”.

De este texto y de los tres siguientes se desprende que la finalidad de la ley no es otra que la de establecer una competencia amplia para que la J. C. A. revise todas las providencias de las autoridades administrativas del orden nacional, departamental, municipal, etc., cuando fueren acusadas de violar el orden jurídico o de lesionar derechos privados.

Consagran pues, el tan nombrado concepto de legalidad de la actividad administrativa, que no es más que una modalidad de la legalidad general del Estado ya que éste al desplegar su actividad de imperio, al asumir su conducta imperativa, autoritaria y coercitiva necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o entidad moral.

Esos actos están sometidos a un conjunto de requisitos para que produzcan válidamente sus efectos. Tales presupuestos que el ordenamiento jurídico en cada esfera ha ido consagrando, es lo que constituye la garantía de la *seguridad jurídica* que implica el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que

debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una manifestación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el sumum de sus derechos subjetivos. Un acto administrativo, cualquiera que él sea, que afecte el ámbito jurídico general o el particular de un individuo como gobernado, sin observar esos requisitos, es susceptible de atacarse por medio de la acción de nulidad.

Aparece también de los textos arriba citados, que los actos sometidos a control jurisdiccional pueden tener las características de acto reglá o las modalidades del acto individual, sin que sea necesario hacer distinción a este respecto para la determinación de la acción contencioso-administrativa.

Antes de referirnos a la nueva jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre el punto esbozado, debemos anotar que dentro de la expresión "otros actos" que emplea el artículo arriba transcrito, se quiso decir que no solamente las decisiones que tuvieran el aspecto externo de un acto o resolución eran susceptibles de acusarse, sino las demás decisiones en que apareciera un acto de manifestación de la voluntad de la Administración, como oficios, actas, telegramas, comunicaciones en general. (84).

Cabe también anotar, recordando una jurisprudencia del Consejo de Estado, que en la palabra "ACTOS" se comprenden todos los hechos que ejecuten las autoridades administrativas en ejercicio recto o formal de sus funciones o a pretexto de ejercerlas. Toda manifestación de voluntad del Estado, en ejercicio de la función administrativa, es un ACTO; sobre este punto no hay razón jurídica ni gramatical para establecer distingos o excepciones, ni para buscar definiciones normativas o singulares, pues el significado natural y obvio del vocablo y su aplicación en ciencia política y administrativa indica su extensión a todo mandato, prohibición, declaración, o determinación que adopte la administración para producir algún efecto jurídico.

Bien es cierto que las corporaciones y empleados administrativos pueden extralimitar sus atribuciones, pero eso no impide que los actos que se salen del campo normal de la función oficial sean anulables por la jurisdicción contencioso-administrativa, pues son precisamente esos actos arbitrarios los que más ostensiblemente violan la Constitución y las leyes y lesionan los derechos civiles y/o administrativos de los gobernados. Las palabras del artículo 1º de la Ley 130 de 1913 im-

(84) - Anales del Consejo de Estado números 327-328, págs. 173 y ss.



plícitamente comprendidas en el art. 66 de la Ley 167 de 1941, "o con pretexto de ejercerlas" (al referirse a las funciones de los aludidos empleados o corporaciones), demuestran que aquellos actos no pasan a la justicia ordinaria como si se tratara de personas desligadas de la investidura oficial, sino que son anulables por proceder de entidades o de individuos que actúan como representantes de la autoridad.

De lo dicho se infiere que todos los actos administrativos con las excepciones precisadas en anteriores párrafos, son acusables en acción de nulidad. Como esta acción se ejerce en el solo interés de la ley, ella puede ser incoada por toda persona y no está limitada al igual que la acción de inexecutable de la ley; cualquiera persona sea natural o jurídica tiene acción para pedir la anulación del acto administrativo irregular, y puede hacerse parte adhesiva en el juicio, bien para impugnar o para coadyuvar la pretensión. La demanda puede presentarse en cualquier tiempo porque la acción no tiene plazo de caducidad y el fallo produce efectos contra todas las personas, esto es, *erga omnes* y está sometido el acto a un régimen especial de suspensión provisional.

Incidencia del acto general y particular en la naturaleza de la acción.

Inicialmente hemos afirmado que no es la naturaleza del acto administrativo la que condiciona la acción o contencioso administrativo que debe utilizarse para su impugnación judicial, sino la índole del derecho violado o vulnerado por dicho acto. Es decir, que si el derecho afectado es *objetivo*, la acción procedente es la de nulidad; y, si por el contrario, el acto lesiona derechos subjetivos (civiles o administrativos), se debe atacar por el *contencioso subjetivo*.

Analicemos suscintamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado que modificó la que por mucho tiempo sostuvo que la acción de nulidad sólo cabía contra los actos generales y a la vez, que los actos subjetivos y condición que interesen a persona determinada, se podían enjuiciar únicamente, por la vía del contencioso de plena jurisdicción.

Fue el consejero Carlos Gustavo Arrieta quien, inicialmente, sentó la dicha tesis en un salvamento de voto que posteriormente fue acogido por el Consejo y es hoy reiterada jurisprudencia. De este estudio cuya solidez y poder de convicción son de admirar, tomo los siguientes apartes:

"De conformidad con los artículos 62, 63, 64, 65 y 66 de la Ley 167 de 1941, el contencioso popular de anulación pro-

cede contra los decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos y actos del Gobierno, de los ministros, de las Asambleas, de los Cabildos y de los funcionarios del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial o municipal, cuando violen la Constitución, la Ley o una norma superior de derecho por abuso, desviación de poder o irregularidad formal.

“Es oportuno observar que la enumeración de los actos atacables ante la Jurisdicción especial por las vías de la acción pública, se hace en los artículos citados con criterio enteramente formal, es decir, teniendo en cuenta el autor de la decisión, que no la naturaleza o contenido jurídico del acto. Ni del tenor literal de esas normas, ni del espíritu que las anima, se puede inferir que en ellas se establezca un distingo de ninguna índole sobre la calidad de generalidad o de individualidad que deben tener las decisiones administrativas atacables en acción popular. De esta observación se desprende la consecuencia ineludible de que el factor esencial para la admisibilidad del recurso público de anulación, es el de que el mandamiento acusado emane de una autoridad administrativa, así tenga las características del acto regla o las modalidades del acto individual. Por medio de un decreto, de una ordenanza o de un acuerdo, se crean generalmente, situaciones impersonales y objetivas, pero en muchas ocasiones esos estatutos tienen también el carácter de ordenamientos particulares y concretos. Los actos de los ministros, del gobierno, de los gobernadores, de los alcaldes, de los intendentes, de los comisarios y de los funcionarios y personas administrativas pueden ser decisiones reglamentarias o de tipo individual. Si la ley hubiese querido reservar la acción pública de anulación para los actos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivas, habría hecho el consiguiente deslinde. Si no procedió así, fue porque quiso que todos los actos enumerados, sin atender a su generalidad, o individualidad, quedaran sujetos al contencioso popular de anulación. Cabe anotar que en los artículos 62 a 65 se hace una relación completa y detallada de los actos sometidos al control jurisdiccional”. (85).

(85). - Anales números 387 - 391, primera parte. Págs. 72 y 73”.



La síntesis de tan trascendental fallo que repetimos, hoy constituye reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, podemos hacerla tomando las conclusiones a que arribó esta Corporación. Son las siguientes:

1ª - La acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos relacionados en los artículos 62 a 65 de la Ley 167 de 1.941, sean ellos de carácter general, impersonal y objetivo, o creadores de situaciones individuales, particulares y concretos, cuando con ella se persigue la tutela del orden jurídico general. Puede ejercitarse en cualquier tiempo y por todas las personas naturales y jurídicas.

2ª - Por regla general, la acción de plena jurisdicción procede contra los actos de carácter individual y concreto y, excepcionalmente, contra las decisiones impersonales y objetivas.

3ª - La acción de plena jurisdicción sólo será admisible contra los actos generales y estatutarios cuando la ejecución inmediata de esos ordenamientos cause una lesión específica, directa y personal sin necesidad de pronunciamiento de declaraciones individuales y concretas; y,

4ª - Sólo la persona lesionada en un derecho suyo reconocido por norma civil o administrativa puede poner en movimiento la acción de plena jurisdicción. Ella caduca en el término de cuatro (4) meses.

Si se condicionara la acción administrativa a la naturaleza del acto administrativo tal como lo venía consagrando el Consejo desde la vigencia de la Ley 167 del 41, indudablemente se limitaría el control de legalidad de los actos de la Administración y quedarían por fuera un sinnúmero de decisiones susceptibles de lesionar el orden jurídico general o de irrogar agravio a los derechos de los administrados. Así lo sostuvo el consejero González Charry quien, según el salvamento en cuestión, fue el primero que abrió campo a la tesis que hoy se aplica. Fueron estas sus palabras:

"Si se limitara la acción a la naturaleza del acto, no hay duda de que se restringiría en forma notable, el ámbito de defensa de la juridicidad, y se optaría por una posición contraria al sentido y alcance de los preceptos consagratorios de las acciones contenciosas que, para satisfacer diferentes grados de interés, buscan el imperio de la legalidad a través de las ac-



tuaciones de los órganos jurisdiccionales competentes. Más acertado parece admitir que es el interés afectado por el acto administrativo el que determina la naturaleza de la acción, pues si aquél es general y abstracto se satisfará para su reparación con la acción de nulidad, al paso que si es concreto, individual, buscará además, el restablecimiento del derecho lesionado". (86).

El legislador del 41 no quiso limitar el contencioso objetivo a los actos generales, pues es claro que en los artículos 62 a 66 de la Ley 167 se habla indistintamente, de actos *generales* (decretos) y de actos *particulares* (resoluciones). Se destinan incisos separados a cada clase de actos por lo cual como lo anota Devis Echandía "no hay duda acerca de que se refieren tales textos no solamente a los abstractos o generales, sino también a los concretos o particulares, como objeto normal de la acción de nulidad". (87).

Si la acción de nulidad puede ejercerse contra un acto concreto o individual, el particular afectado con dicho acto puede en cualquier tiempo, impetrar su invalidez sin necesidad de suplicar el restablecimiento de su derecho pues para obtener éste es menester que incoe la acción de plena jurisdicción. En el evento contemplado, el afectado por el acto se conforma con su sola nulidad y muchas veces será la simple nulidad del acto suficiente para el restablecimiento del derecho violado. Esta es

(86) - El Dr. Mario Rodríguez en sus citadas notas de clase, combate la jurisprudencia en comento que indudablemente tiene más alcance tutelar que la anterior. Son las siguientes sus apreciaciones: "me parece equivocada esta doctrina porque si bien es cierto que no seguimos tan rígidamente el principio francés de que "donde no hay interés no hay acción" y que allí donde se ataca el interés personal de uno sólo puede decirse que peligra el interés de todos, no puede llegarse hasta la exageración de conceder una acción en contra de otro principio tal vez de mayor altura en la escala jerárquica de los valores que es el de la "seguridad jurídica" en los actos concretos de la administración; por eso precisamente la ley ha consagrado el contencioso subjetivo con plazos casi angustiosos de prescripción. De otra parte, puede considerarse que la acción cae en el vacío y le resta seriedad y eficacia a la actuación jurisdiccional. Ejemplo: una persona determinada solicita a la Gobernación le reconozca el auxilio de cesantía a que tiene derecho en razón del tiempo servido; esa actuación termina con una resolución negándole el reconocimiento. El interesado prescinde de la acción contenciosa subjetiva para obtener que se anule esa resolución y que se le restablezca en su derecho, pero no establece el contencioso subjetivo, sino el objetivo".

(87) - Devis Echandía Hernando "Tratado de Derecho Procesal Civil". Parte General T. I pág. 235.



la que denomina Devis Echandía acción subjetiva de nulidad que él con-
trapone a la acción objetiva de nulidad. (88).

Es posible también que un tercero, obrando en el solo interés del or-
den jurídico, instaure la acción de nulidad contra un acto concreto del or-
den jurídico, a él no lo afecta y aunque el directamente perjudicado se conforme con
él y no tenga interés en promover la acción subjetiva de nulidad ni la
acción de plena jurisdicción. De esta manera se tutela más ampliamente
te el orden jurídico y pueden destruirse situaciones injurídicas nacidas
al amparo de la complicidad del particular beneficiado con ellas. (89).

CAUSALES DE IMPUGNACION JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Para que el acto administrativo genere situaciones jurídicas válidas,
ha de emanar de *autoridad competente*, ser realizado *dentro de las facultades*
que a la misma confieren las disposiciones legales, estar ajustado a
las *formalidades* establecidas en la norma legal, y para el mismo fin que
motiva el otorgamiento del poder a la autoridad administrativa. Si el
acto se sale de este cauce de legalidad, resulta viciado de nulidad y es
por ende, susceptible de ataque jurisdiccional previo el cumplimiento
de los requisitos de previa reclamación ante la misma Administración
(agotamiento de la vía administrativa) y de los que posteriormente ana-
taremos.

La doctrina administrativa entiende por "ilegalidad" la violación
por parte de la administración, del conjunto de normas o reglas preesta-
blecidas que forman el conjunto de las fuentes del principio de legalidad
administrativa y que han sido dictadas por la autoridad competente pa-
ra guiar su actividad.

(88) - Siguiendo casi literalmente a Garrido Falla (Régimen de Impugnación de los
Actos Administrativos pág. 22), Devis Echandía apunta: "Pero como esta ac-
ción de nulidad puede ejercerse contra un acto abstracto o general (decre-
to, resolución o acuerdo municipal u ordenanza departamental), que regla-
menta una materia o estatuye sobre algo, sin definir situaciones jurídicas
concretas sobre determinadas personas, o por el contrario, contra un acto
concreto que resuelva o regule situaciones individuales y establezca o lesione
derechos subjetivos de determinadas personas, la acción de nulidad puede
ser también de dos clases: acción subjetiva de nulidad y acción objetiva de
nulidad (pero sin que en ninguna de las dos se impetre resarcimiento del da-
ño o restablecimiento del derecho subjetivo). Ob. c. pág. 235.

(89) - En contra de esta tesis sostiene Devis Echandía que la acción subjetiva de nuli-
dad (la que se promueve contra un acto particular) corresponde únicamen-
te a la persona lesionada con dicho acto. (Ob. c. pág. 239).

Según Fernando Garrido Falla, denominanse "motivos de impugnación de un acto administrativo" aquellas razones suficientes en derecho para que un superior jerárquico del organismo que dictó el acto impugnado o una jurisdicción revisora (en Colombia la J.C.A.) declaren la nulidad de dicho acto a instancia de parte interesada". (90).

El art. 66 del C.C.A. enuncia formalmente, los motivos de impugnación al darle competencia a los Organismos contencioso-administrativos, para declarar la nulidad de los actos enumerados en los artículos 62, 63, 64 y 65, a petición de cualquiera persona y por los motivos en ella expresados. (91).

Según el citado texto y la doctrina imperante, pueden señalarse los siguientes como vicios del acto administrativo: la *incompetencia*, la *violación de la ley*, *defectos o vicios de forma* y la *desviación de poder*.

La ilegalidad del acto se puede manifestar de distintas maneras. Existe en primer lugar una "*ilegalidad orgánica*" por violación de las reglas de competencia, una "*ilegalidad formal*" por violación de las reglas de forma o procedimiento; y, una "*ilegalidad material*" por violación de las reglas de fondo.

La *incompetencia* y el *vicio de forma* afectan la legalidad o juridicidad externa del acto; la violación de la regla de derecho en cuanto al fondo, la *desviación de poder* y el vicio de los motivos (falsa motivación), afectan a la legalidad externa del acto administrativo.

Antes de estudiar en concreto las aludidas causales de nulidad, advertimos que nuestra ley no establece distinción en cuanto al grado o intensidad de la violación, y de ello puede deducirse que cualquier irregularidad del acto administrativo genera nulidad; nos parece sin embargo, que el Juez Administrativo no debe ser indiferente a la magnitud del vicio, y que cuando encuentre que éste no es de significación o monta, se debe abstener de declarar la invalidez. Hace falta una norma expresa del C. A. que así lo establezca (92).

(90) - Obra citada pág. 196.

(91) - En el mismo sentido se pronuncia Sayagués Laso, pág. 504 de su obra (Tomo I), Nr. 328. Dice: "En el derecho administrativo hay textos que en ciertos casos fijan la nulidad u otra sanción para la irregularidad cometida; pero lo corriente es que no haya normas expresas de carácter general. Frente a ese vacío el principio admitido uniformemente es que la falta de sanción no excluye la invalidez del acto, pues la regla de derecho privado de que "no hay nulidad sin texto" es inaplicable en derecho público.

(92) - Héctor Clergi cita en su obra el informe de la Comisión especial de reforma de la Constitución Uruguaya, según el cual, si la causal de nulidad no es lo



DE LA INCOMPETENCIA

La competencia es el conjunto de facultades, de poderes y de atribuciones que corresponde a un determinado órgano administrativo en relación con los demás. Según A. Gordillo, es "el conjunto de facultades que un órgano administrativo puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo" (93); o para decirlo con D'Alessio "La medida de la potestad que pertenece a cada órgano".

Bien se ha dicho que la competencia es en el aspecto jurídico, una de las conquistas del constitucionalismo ya que en el Estado absoluto o de policía no se podía hablar de distribución de competencias. En el Monarca se concentraban todas las funciones del Estado, lo que no implicó que él las llevase a cabo materialmente, sino tan sólo que los funcionarios que las desarrollaban actuaban en su nombre.

A partir de la Revolución Francesa las normas reguladoras de la competencia tienen carácter jurídico, ya que escapan a la libre determinación del soberano y los administrados pueden hacerlas valer por medios jurídicos, es decir, impugnando el acto o resolución administrativa por incompetencia. Es más, se trata de normas de orden público, inderogables y que hacen nacer en los administrados un interés legítimo a que se mantengan dentro de los límites legales.

La incompetencia es pues, la falta de poder para tomar decisiones o providencias necesarias a la actividad administrativa; la ausencia de aptitud legal para emitir o realizar un acto administrativo vinculado a los fines públicos del Estado. El sentido estricto de la competencia se refiere sólo a la aptitud de tomar decisiones o sea, emitir actos jurídicos (94).

suficientemente grave para declarar la nulidad, el acto puede ser mantenido por el Tribunal. De esta manera se busca contemplar el interés público a la estabilidad de las situaciones administrativas, interés que no pesa cuando el acto está gravemente viciado. Igualmente si la declaración de nulidad causa daños graves e irreparables de mayor entidad que los que puedan producirse con el mantenimiento del acto, éste no debe ser anulado, a pesar de que al particular se le permita promover la acción de reparación". (Ob. c. pág. 196).

En el mismo sentido "Comisión internacional de juristas" edición especial primera parte, pág. 113.

(93) - "El Acto Administrativo" pág. 258.

(94) - Se incurre en vicio de "incompetencia" cuando quien produjo el acto no estaba legalmente habilitado para hacerlo por ser de la incumbencia de otra autoridad".

"Tratado de Derecho Administrativo" de Manuel J. Argañarás. Pág. 423.



En obediencia al principio de distribución de funciones y separación de poderes y para garantía de los ciudadanos, el art. 63 de la Constitución Nacional dispone que no habrá en Colombia ningún empleo que no tengan funciones detalladas en la Ley o reglamento. En un régimen de legalidad como lo anota Francisco de Paula Pérez no se puede proceder de otra manera y dejar sin límite las facultades de un funcionario, lo que equivale a consagrar la arbitrariedad" (95).

Organizada la función y establecidas las competencias de los órganos administrativos, los actos deben emanar de quien conforme a esa regulación, tenga aptitud o haya sido habilitado para su emisión. Cuando la Administración dicta un acto excediendo el campo de sus atribuciones, violando las reglas de competencia, genera la causal en estudio, en principio la más radical y de mayor entidad de las irregularidades jurídicas.

Es que, como lo dice Laubadere, la incompetencia constituye un vicio radical ya que los poderes de los agentes públicos son rigurosamente atribuidos y repartidos por la ley: la noción de competencia es, en efecto, la base de todo derecho público. Por ello ha sido la incompetencia el primero en aparecer como medio de anulación. (96).

Se dice que la competencia en el derecho público viene a ser lo que la capacidad en el derecho privado, afirmación que si bien a primera vista parece exacta, no lo es en el fondo. La capacidad se refiere a los fines de la persona jurídica y la competencia al círculo de atribuciones de los órganos administrativos; por otra parte la incapacidad se consagra en beneficio de la persona incapaz por su falta de madurez de juicio, la incompetencia es una protección a los ciudadanos, para que los órganos administrativos no abusen del poder; la incapacidad afecta a todos los actos que pudiera realizar una persona, en cambio, la incompetencia invalida ciertos actos; aquellos que no está autorizado a cumplir el funcionario; por otra parte, la nulidad de los actos celebrados por el incapaz (cuando se trata del relativamente incapaz) sólo puede pedirla el

(95) - Derecho Constitucional. Tomo II, pág. 24.

(96) - Según García - Trevijano Fos José Antonio "La competencia está delimitada por la Ley y los reglamentos. Constituye una obligación o una carga del órgano (según los casos), pero nunca un derecho subjetivo, y además se refiere, como ya lo anotamos, a la posibilidad de emanar actos jurídicos y no actos materiales". (Principios Jurídicos de la Organización Administrativa", pág. 190).



mismo incapaz en tanto que los actos del funcionario incompetente son acusables por toda persona. (97) .

Factores que fijan la competencia

Para fijar la competencia de los órganos administrativos la ley atiende a varios factores; son ellos: el territorio, la materia, los poderes jurídicos y el tiempo. Puede entonces, considerando dichos factores, hablarse de competencia territorial, funcional, jerárquica y temporal (98) y de otros tantos supuestos de violación de la competencia. El territorio es el ámbito espacial en que actúan los órganos administrativos. Es el límite físico de su actuación. La violación de este límite supone que una autoridad interviene en el ámbito territorial reservado por el derecho objetivo a otros órganos.

De otro lado, cada persona administrativa tiene una porción de cometidos a su cargo que constituye la materia o función como el elemento determinante de sus competencias y para su realización, dentro de su respectivo territorio, están investidos de facultades o poderes jurídicos.

La competencia se fija también, acudiendo o considerando el grado o posición que ocupa el órgano dentro de la ordenación jerárquica, lo que implica que un mismo asunto puede ser resuelto sucesivamente, por varios órganos en primero, segundo o ulterior grado subiendo por la línea jerárquica.

Atendiendo a este factor se pueden presentar los siguientes eventos de incompetencia:

a) - Cuando un superior jerárquico conoce cuestiones reservadas exclusivamente a un órgano inferior.

(97) - Ver "Derecho Administrativo General" de Jaime Vidal Perdomo, pág. 63. Según Sayagués la competencia desempeña en el derecho público un papel equivalente al de la capacidad de las personas físicas en el derecho privado. Pero existen señaladas diferencias, la más importante radica en la extensión de uno y otro concepto. En el Derecho Privado la capacidad reconocida al ser humano lo habilita para desenvolverse en todo sentido, sin otros límites que los establecidos en texto expreso por la Constitución o las leyes. En cambio las personas públicas y los órganos actúan solamente, en la zona que les fija el derecho vigente, debiendo fundarse siempre en textos expresos. Y agrega: "las normas que fijan la competencia no pueden ser alteradas por quienes están llamados a ejercer los poderes que ellas acuerdan. Su cumplimiento es una obligación, no una facultad. Este es uno de los principios básicos del derecho público. De ahí la improcedencia de cualquier delegación de potestades, salvo que medie autorización legal expresa". (Tomo I, págs. 191 y 192, Nro. 103).

(98) - En el Nro. 104 del Tomo II, Sayagués hace un estudio completo de estos factores destacando el rol que cada uno desempeña en la fijación de la competencia y la situación jurídica que genera su violación.

b) - Cuando el inferior decide en materias que corresponden al superior; y,

c) - Cuando un órgano administrativo actúa en virtud de una delegación de competencia que estaba prohibida o para la que no estaba autorizado por el órgano delegante. En este caso hay como lo anota Garrido Falla, una doble incompetencia: la del órgano que delegó lo que no podía delegar y la del que actuó en virtud de esa delegación ilegal. (99).

Finalmente, el factor temporal en la mayoría de los casos condiciona la validez del acto administrativo. Es por ello incompetente la decisión tomada por un funcionario que ha cesado de inmediato en el cargo. Dice Waline sobre este supuesto: "un funcionario debe abstenerse de invadir las atribuciones del sucesor, haciendo por ejemplo, nombramientos para empleos aún no vacantes, o que sólo lo serán, quizás, cuando quien los hace no estará más en funciones".

En razón de la *sanción jurídica* que determina la incapacidad la doctrina suele, siguiendo los lineamientos del derecho civil, dividir la incompetencia en **ABSOLUTA** y **RELATIVA**; la primera produce la *nulidad* del acto y la segunda su *anulabilidad* (100).

En este sentido no tiene relevancia en nuestro derecho, la aludida división, pues en materia contencioso-administrativa no existe diferencia entre incompetencia absoluta y relativa: las normas que regulan las atribuciones de los órganos administrativos son de orden público.

Con un criterio de mera sistematización podemos afirmar que la *incompetencia absoluta* se presenta cuando la administración invade el campo de atribuciones de los órganos **LEGISLATIVO** o **JURISDICCIONAL**, y la *incompetencia relativa* cuando invade el de otros órganos administrativos en razón del tiempo (*ratione temporis*), en razón de la materia (*ratione materiae*), en razón del lugar (*ratione loci*) o del grado. (101).

- (99) Tratado de Derecho Administrativo de G. Falla. Volumen I pág. 441.
(100) Esta terminología es del derecho español y se basa en las nulidades de pleno derecho equivalentes a las absolutas del derecho colombiano; y la anulabilidad que es la posibilidad de que el acto se impugne judicialmente para despojarlo de sus efectos jurídicos. En nuestro sistema jurídico no existen nulidades de pleno derecho ya que es un **FENOMENO JUDICIAL** y requiere por ende, sentencia que la declare.
(101) - La aplicación del principio de división de poderes o de funciones legislativas, ejecutivas y judiciales se denomina "competencia interfuncional" y toca con uno de los más complejos problemas del derecho administrativo. La doctrina ha sentado principios fundamentales para establecer ese límite; por ejemplo,



Repitiendo decimos pues, que el órgano administrativo en ejercicio de su actividad, puede exceder los límites de la competencia que le ha sido fijada de acuerdo con los factores arriba indicados. Esta extralimitación puede darse sin que se invadan funciones de otra de las ramas del poder público y será entonces un mero EXCESO DE COMPETENCIA denominada por Argañarás, EXTRALIMITACION DE FUNCIONES.

Cuando por el contrario, se viola la *competencia funcional* (distribución de cometidos entre las funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales) se configura una típica USURPACION DE FUNCIONES que es la más burda, grosera y radical forma de incompetencia y puede aún configurar delito sancionado por los artículos 182 y 183 del C. Penal.

En este punto conviene tener en cuenta que la doctrina distingue de la competencia propiamente dicha, la LEGALIDAD DE LA INVESTIDURA DEL ORGANO administrativo que es un aspecto de la voluntad del acto administrativo. (102).

El acto administrativo es producido por un sujeto de Administración, cuando dicho sujeto está debidamente investido de sus atribuciones. Por tanto, si esta titularidad no existe o está viciada, debe llegarse a la conclusión de que el acto no emana de verdaderos órganos administrativos y que adolece entonces, de vicios de la voluntad.

Se deben tener como vicios en el origen de la voluntad administrativa, la USURPACION DE FUNCIONES y los actos expedidos por FUNCIONARIOS DE HECHO.

La usurpación de funciones puede ocurrir porque ejercite la función pública un particular sin el correspondiente nombramiento; se asu-

para distinguir la función legislativa de la administrativa se señalan como normas fundamentales entre otras las siguientes: todo lo que restringe la esfera de derechos en las personas, es de competencia del poder Legislativo; no se pueden crear ni aumentar impuestos por el poder administrativo; e igualmente este poder es incompetente para fijar penas (nulla poena sine lege). En cuanto a la diferenciación del poder Administrativo del Jurisdiccional que un sector doctrinario confunde, se debe tener en cuenta que la función judicial tiende a la *satisfacción de pretensiones*, cometido este que no es propio de los organismos administrativos. Sin embargo en ciertos países como en Francia, la Administración cumple también estas actividades cuando los organismos contencioso-administrativos, que forman parte de la función administrativa, deciden los conflictos que se suscitan entre el Estado y los particulares.

(102) - Apunta con gran precisión A. Gordillo (ob. c. pág. 269) que hablar de voluntad en el acto administrativo es, estrictamente, una incorrección; pues la voluntad administrativa es el concurso de elementos subjetivos (la voluntad del individuo que actúa) y objetivos (el proceso en que actúa y las partes intelectuales que aportan a la declaración).



me la función sin título alguno regular o irregular. Sus actos son en principio INEXISTENTES; pero, de acuerdo con modernas teorías de derecho público, bajo ciertos supuestos los actos de los usurpadores pueden llegar a ser admisibles y vinculantes (103).

El *funcionario de hecho* es el que ocupa un cargo pero con un vicio en su nombramiento suficiente para generar su nulidad o invalidez. Se caracteriza porque ejerce una función bajo apariencia de legitimidad. Sobre la validez de los actos de estos funcionarios en el derecho público, un sector de la doctrina ha defendido la tesis de la validez de esos actos, siempre que se den determinadas circunstancias. Es la aplicación de la teoría del ERROR COMUN que busca la seguridad jurídica de los actos administrativos provenientes de quien ostenta la apariencia de legitimidad. Son los intereses en juego los que deben contar para darle regularidad a esos actos. (104).

VICIO DE FORMA

Si tratándose del acto jurídico privado la consensualidad es la regla general, en relación con el acto administrativo impera la norma contraria: el acto es esencialmente solemne, esto es, que para su perfeccionamiento deben cumplirse ciertas formalidades o prescripciones previamente establecidas por la ley tales como la de su forma escrita, la motivación, la firma del funcionario que lo expida y su respectivo secretario, la previa consulta de órganos asesores o la ulterior comunicación a otros organismos de la administración, etc.

(103) - Si se trata de una revolución triunfante, la investidura del usurpador puede ser o convertirse en "regular" considerando a los gobernantes como funcionarios de facto y tornándose en válidos sus actos.

(104) - El funcionario de hecho es un agente "falto de competencia; pero aún así— dice Laubadere— sus actos son tenidos por válidos". Esto puede tener ocurrencia en dos casos diferentes. En épocas normales refiriéndose a la idea de APARIENCIA; y en las épocas anormales, a la de NECESIDAD. En el primer supuesto se considera que en ciertos casos, el público ha podido razonablemente, ignorar la irregularidad de la investidura del que produce el acto y no sería justo hacer soportar las consecuencias de la ilegalidad de ese acto, en su perjuicio. El que ejerce de facto la función pública presenta todas las exterioridades del funcionario regular; tiene según la conocida expresión de JEZE una "investidura plausible". Esto asegura la consideración que para determinar la validez de los actos celebrados por funcionarios de hecho hay que atender no solamente a la gravedad de la irregularidad cometida, sino también a la importancia del interés social o individual en juego. En ciertos casos ante ese interés, los actos de un funcionario de hecho, es decir, de un individuo que carece de poder legal, no son siempre inexistentes. (Principios del Derecho Administrativo. Pág. 81).



Las formalidades constituyen la mejor garantía de corrección de la actividad administrativa y son a la vez, protección de los derechos e intereses de los administrados. Así lo sostiene también el clásico autor Jean Appleton: "las leyes que otorgan poderes a las administraciones públicas no lo hacen sin precauciones: entienden proteger a los ciudadanos contra la arbitrariedad, y a la administración contra las tentaciones del poder y la imprudencia de los hombres. Es por esto que exigen que los actos administrativos se rodeen de formalidades protectoras". (105).

Se infiere de lo anterior como lo tiene aceptado la doctrina, que en el derecho administrativo se presume que las formalidades son esenciales. (106).

Concepto - El vicio de forma consiste en la omisión total o parcial de los procedimientos y formas que el derecho impone a la Administración para la expedición del acto.

El art. 66 del C.C.A. lo eleva expresamente, a la calidad de causal de nulidad del acto administrativo al disponer que la acción de nulidad "procede contra los actos administrativos, no sólo por estos motivos, sino también cuando han sido *expedidos en forma irregular*."

Se trata del desconocimiento de las formalidades que se refieren a la juridicidad externa del acto tal como lo hemos anotado en las precedentes páginas y comprende igualmente, valga la pena reiterarlo, la omisión de los requisitos de procedimiento a que está sometida la Administración en su actuación. (107).

Los vicios de forma son autónomos, lo que equivale a decir que la inobservancia de las formalidades siempre induce nulidad por esa causal. Esta afirmación que resulta trivial, está en contradicción con la tesis errónea en nuestro concepto, de ciertos autores que estiman que

(105) - Citado por Alvaro Quiñones Daza y Alberto Preciado P., en Conferencias de Derecho Administrativo año 1.951.

(106) - Lo dicho deja a salvo los avances doctrinarios en lo atinente a la forma del acto. Muchas veces, dada la urgencia de la decisión o la conducta concluyente de la Administración, el acto administrativo será meramente verbal y aún tácito como tuvimos oportunidad de estudiarlo en la teoría del silencio administrativo. Inclusive se habla de actos administrativos que pueden realizarse por medio de *signos* (FORSTHOFF, ob. c. pág. 302).

(107) - En el mismo sentido se pronuncia M. Ma. Díez, ob. c. pág. 327. Según opinión de un importante sector de la doctrina española (Andrés de la Oliva de Castro, García Oviedo) una distinción particularmente útil es la que se hace entre FORMA DE INTEGRACION de la voluntad y forma de DECLARACION de la voluntad. La primera es equivalente a procedimiento en el que se insertan actos de la Administración y de los particulares.



cuando se trata por ejemplo, de competencia colegiada o de acto complejo que requiere el concurso de las voluntades de varios entes administrativos, la falta de una de esas voluntades da origen a la INCOMPLETENCIA y el acto respectivo será atacable por ese motivo y no por la ausencia de formalidad. (108).

Rol de las formalidades en el derecho público y en el privado.

En el derecho público y particularmente en el administrativo, las formas tienen una especial importancia como ya quedó destacado en anteriores párrafos, nacida de la peculiar naturaleza de los actos administrativos y de su "trascendencia en el orden de los intereses sociales y en el particular de los ciudadanos" (109).

Atendiendo a este requisito suele diferenciar la doctrina el derecho público y el derecho privado; en esta rama del derecho rige el principio de la libertad de formas: los gobernados son libres para imponerse obligaciones y compromisos jurídicos por simples actos consensuales ya que el derecho no les fija una particular meta a sus declaraciones de voluntad y sólo excepcionalmente, para atender a la protección de intereses de terceros o salvaguardar los de orden público, la ley exige solemnidades. En el derecho público y administrativo la forma es esencial, lo que deriva en parte, según Giorgi, de la presunción legítima según la cual los particulares ponen la debida diligencia en el cuidado de sus intereses personales, diligencia que el legislador, conocedor de la naturaleza humana, no presume en igual grado en el manejo de la cosa pública y en la dirección de los servicios estatales, por los funcionarios administrativos.

García Oviedo da una fundamentación muy atendible, sobre la diferencia en cuestión. Dice él que el acto administrativo nace de modo contrario a como surge el acto privado; en éste los momentos de deliberación y producción se corresponden de manera perfecta, por regla general, en un solo sujeto; todo el proceso de intención, deliberación y decisión acontece en el área insondable del espíritu y, producida la decisión, se exterioriza por declaración de la propia voluntad productora. Existe una inmediata y necesaria razón de causalidad psicofisiológica entre las voliciones de la persona física y su obrar externo. Por eso la sujeción a una determinada forma establecida de manera precisa por el

(108) - Héctor Giorgi, ob. c. págs. 201 y 202.

(109) - García Oviedo (Derecho Administrativo. T. 1º, pág. 231).



Derecho, no es de ordinario esencial al acto individual, porque no es necesario ni posible controlar el proceso formativo que en él se revela". (110).

Clasificación de las formas.

Si consideramos el tiempo dentro del cual deben cumplirse, las formalidades pueden ser PREVIAS, CONCOMITANTES o POSTERIORES según que su verificación deba darse antes, al mismo tiempo o con posterioridad al momento de expedirse el acto.

Para excluir a un empleado escalafonado v. gr. y en general a quien está dentro de la carrera administrativa, es necesario abrirse investigación con citación de él para que tenga ocasión de hacer sus descargos; para adoptar determinadas medidas los órganos administrativos (el Gobierno) debe oír previamente el concepto del Consejo de Estado. La celebración de contratos administrativos debe estar precedida de la licitación pública. La ausencia de estas formalidades pueden ocasionar la nulidad del acto.

La motivación del acto, su forma escrita (en la generalidad de los casos), las firmas que debe contener y los órganos administrativos llamados a producirlo, pertenecen a las formalidades del segundo grupo. (111).

(110) - En el mismo sentido se expresa Andrés de la Oliva en su monografía "Los vicios de forma del acto Administrativo" que indudablemente sigue fielmente a V. Martínez Useros en su obra "Los requisitos de forma de los actos administrativos".

(111) - Señala Waline que la "irregularidad es sustancial, naturalmente si la ley ha dicho expresamente que tal forma estaba prescrita so pena de nulidad. Pero si la ley no ha dicho nada (que es el caso más frecuente), la regla empírica que ha forjado la jurisprudencia es la siguiente: la forma cuyo cumplimiento ha sido irregular u omitido, habría podido cambiar la decisión final; en caso afirmativo se dice que se trata de una forma sustancial". (Ob. c. pág. 459).

Según Bielsa "Los vicios considerados sustanciales en punto a forma son aquellos que afectan los derechos subjetivos de los particulares, es decir, que violan disposiciones que han sido establecidas en garantía de los derechos de aquéllos. Hay vicios de forma no sustanciales y son aquellos que no influyen en el FONDO de la decisión. Así pues, hay disposiciones que rigen en la Administración Pública con el objeto de asegurar la regularidad técnica o el control interno y no están vinculados al derecho del administrado. La inobservancia de ellas puede generar un acto administrativo con el que se ratifique lo actuado, pero también medidas disciplinarias respecto de los funcionarios responsables, pero no recurso de ANULACION". ("Sobre la Contencioso-Administrativo", pág. 32).

Maxime Latourneur en la Revista ya citada, pág. 113, agrega que las formalidades esenciales se imponen como protección de los derechos de los ciudadanos y se han hecho cada vez más frecuentes.



Finalmente, la comunicación de las actuaciones a determinados funcionarios u organismos públicos, lo que sucede con mayor frecuencia en el ejercicio de la llamada "tutela administrativa", son formalidades posteriores a la expedición del acto administrativo cuyo incumplimiento puede acarrear la nulidad de éste.

Las formalidades son SUSTANCIALES cuando están establecidas para que se produzca la declaración de voluntad administrativa o para dar garantía a los administrados. Su omisión o flagrante violación implica la NULIDAD DEL ACTO y aún su inexistencia. En cada caso se debe tener en cuenta el interés que la formalidad pretende amparar a efecto de establecer si es sustancial o no (112).

Las formalidades que no tienen la finalidad de las anteriores, son secundarias y su omisión no genera, en términos generales, la nulidad. Es necesario advertir que en principio, toda formalidad establecida por la Ley es esencial y que corresponde a los organismos contencioso-administrativos determinar si se trata de una formalidad esencial o secundaria. (113).

Hay también formalidades internas a que está sometida la Administración para asegurar el buen orden administrativo, su omisión no genera nulidad. En este sentido anota la jurisprudencia del Consejo de Estado "que las ordenanzas departamentales y acuerdos municipales no pueden ser acusados por haberse expedido con violación de los reglamentos de las Asambleas o de los Concejos, pues tales motivos no se mencionan en los artículos 63 y 64 del C.C.A.". (114).

(112) - En contra de la más difundida opinión, consideramos que la motivación del acto no es requisito formal, sino sustancial de la decisión administrativa y su omisión acarreará la nulidad por violación de la ley (violación sustancial) y afectar al contenido del acto.

(113) - Sentencia del 29 de abril de 1941 citada por Tascón (Derecho Contencioso Administrativo Colombiano). En este punto como en muchos otros y quizá con un sometimiento casi servil a la jurisprudencia y doctrina francesa, el Consejo de Estado siguió muy fielmente el siguiente criterio de M. Hauriou "Nuestro Consejo de Estado habiendo sido varias veces instado en recurso por exceso de poder contra deliberaciones de Consejos Generales o de Consejos municipales con motivo de que estas deliberaciones violaban disposiciones del reglamento interior de la asamblea, ha rehusado siempre anular por violación de la legalidad" Précis de Droit Constitutionnel, pág. 499).

(114) - Es principio general en derecho administrativo, que el acto es esencialmente formal y debe constar por escrito. Sin embargo la jurisprudencia del Consejo de Estado admite que no es indispensable que el acto aparezca escrito y que en algunos casos dadas ciertas especiales circunstancias, se impone la necesidad de acudir al acto VERBAL, para que el acto produzca efectos inmediatos. La forma verbal es común por ejemplo, en la actividad de policía. (Anales, To. LXIII, pág. 154 y ss.).



Efectos del vicio de forma.

Ancamos asimismo, que la doctrina se muestra claramente en la apreciación del vicio de forma y recurriendo al Jura administrativo que no aplique con extremo rigor, los principios del derecho sobre nulidad del acto. El Tribunal Contencioso administrativo no debe sancionar la irregularidad del acto sino cuando reviste gravedad y en tanto la nulidad hubiera podido influir en la decisión administrativa impugnada. (115).

La sanción de la irregularidad es, como se ha repetido, la nulidad del acto sin que sea necesario que la ley expresamente la establezca no es de rigor en el derecho privado en donde rige el principio según el cual no hay nulidad sin texto expreso. Por el contrario, en el derecho administrativo, rige el principio contrario en atención a que las formalidades están consagradas casi siempre en garantía de los administrados. (116).

La cuestionada nulidad no puede purificarse o convalidarse, con el cumplimiento posterior de la formalidad omitida. Ello, de ser permitido, implicaría una ilegal regularización del acto con efecto retroactivo, pero puede expedirse un nuevo acto con total acatamiento de las formalidades en principio desconocidas. Es obvio que este acto no produce efecto retroactivo alguno puesto que sólo en ese momento nace jurídicamente.

La violación de las formalidades prescritas para las operaciones administrativas, las torna en viciadas de hecho que dan derecho a exigir la in-

(115) - *Corpi ób. c. pág. 205.* Dice Dice Argañerás que es cuestión de hecho determinar cuándo la formalidad es sustancial o secundaria. Teniéndose en cuenta las consecuencias del acto si se hubiera seguido las formalidades echadas de menos. La jurisprudencia considera que no es necesario el cumplimiento de TODAS las formalidades, sino sólo de aquellas cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones consecutivas". (*Ob. c. pág. 427*).

(116) - *A falta de texto expreso que señale explícitamente la sanción, no se debe deducir la inexistencia de ésta. Se afirma con frecuencia que no hay nulidad sin ley. Esta regla está hoy en completo derroto. "Las irregularidades que vician los actos realizados por los agentes públicos tienen, en principio una sanción, aunque la ley no la señale expresamente". Jánes (ob. c. pág. 80). Cuando se deja de indicar los recursos que proceden por la vía administrativa contra los actos administrativos, esta irregularidad sólo afecta la validez del acto en cuanto que el plazo de aquellos no empieza a transcurrir, mientras no se señale la falta. La falta de firma; la fecha y lugar pueden ser innecesarias cuando se infieren con seguridad, de otras. (ver Forsthoft pág. 220 ób. c.).*

mediata reparación del daño según el art. 68 del C.C.A.; igualmente, la operación dependiente de un acto verbal cumplido sin acatamiento de sus requisitos (por ejemplo, la forma escrita) configura también una vía de hecho fundamento de una reparación patrimonial directa según el aludido texto legal.

Finalmente, y a pesar de la opinión en contrario de algunos autores, la irregularidad formal aunque provenga de la violación de los requisitos consagrados en la ley, no es causal de inexistencia en el sentido de que el acto por sí solo esté desprovisto de los efectos jurídicos que el ordenamiento jurídico le asigna. El acto tiene aún en ese caso, una apariencia de existencia y es menester promover en su contra, la respectiva acción o contencioso objetivo. Claro que el punto es objeto de controversia y que los autores partidarios de la doctrina de la *inexistencia* ven en ese caso, la más frecuente aplicación de la misma, particularmente cuando es *burda* la solemnidad omitida.

Si aceptamos la clasificación de FORMA DE INSTRUMENTACION DEL ACTO y FORMA PARA DAR A CONOCER LA VOLUNTAD (forma de publicidad) arribamos a la conclusión de que la primera por referirse a la integración o formación de la voluntad administrativa, no puede eludirse y su omisión repercute en la validez del acto pudiéndose aún generar su inexistencia. Pero si se trata de formalidades de publicidad, su violación no incide en la existencia o validez del acto administrativo sino sólo en su efectividad o exigibilidad (117).

(117) - Agustín A. Gordillo, ob. c. pág. 309.

