

*ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO
EN EL DERECHO COLOMBIANO*

*Una mirada y/o reflexión frente a Actos expedidos de
manera irregular*

Santiago Herrera Callejas¹.

RESUMEN

El propósito del presente artículo es determinar el alcance doctrinal y jurisprudencial de la presunción de legalidad del acto administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. Para esto, se realiza un análisis de este concepto de acto administrativo, es decir, analizando sus elementos de validez, sus características entre las que se encuentra la presunción de legalidad, a su vez, se hace un estudio de las causales de nulidad de los actos administrativos. Este estudio se apoya tanto en las fuentes normativas como en las fuentes doctrinarias. Lo anterior, permite precisar la naturaleza de la definición, elementos y características, apoyado en diversas fuentes bibliográficas, entre las que encontrarán instrumentos como sentencias tanto del Consejo de Estado, la Corte Constitucional, la Ley y la doctrina especializada en la materia –local e internacional–. Se concluye que la presunción de legalidad de los actos administrativos en Colombia, tiene una aceptación armónica en los tribunales y en la doctrina, donde aceptan que esta figura es absoluta y cobija a todos los actos –incluso los que puedan tener vicios que los hagan anulables –, la misma, permite desarrollar la autotutela administrativa, necesaria para el cumplimiento de las funciones de la administración pública. A su vez, se concluye que esta figura amerita un estudio al menos en el ámbito académico que analice sus consecuencias en la actividad de la administración y sus efectos con los

¹ Abogado de la Universidad de Antioquia. Director Jurídico en el Consorcio de Servicios Especializados de Tránsito y Transporte de Itagüí -SETI-. Correo electrónico: santhe01@gmail.com. Este artículo se presenta para optar por el título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

administrados cuando está figura cause que actos contrarios a la Constitución o la Ley convivan en el ordenamiento jurídico, revestidos de la presunción de legalidad.

Palabras Clave: (i) Autotutela; (ii) Competencia; (iii) Ejecutoria; (iv) Legitimidad; (v) Nulidad; (vi) Validez

SUMARIO.

Introducción. 1. El Acto Administrativo. 2. Principio de Autotutela Administrativa. y Características, Atributos y/o Prerrogativas del Acto Administrativo. 3. Causales de Nulidad de Los Actos Administrativos. 4. Conclusión. 5. Referencias Bibliográficas.

INTRODUCCIÓN.

El presente artículo pretende abordar el concepto de presunción de legalidad de los actos administrativos, sus fundamentos normativos y alcance. Lo anterior, teniendo en cuenta que una de las características principales de esta figura es permitirle a la administración hacer exigible y/o ejecutar sus actuaciones, sin que medie autorización de ninguna otra autoridad. Por tanto, una vez materializados todos los elementos necesarios para que el acto nazca a la vida jurídica, de manera automática comienza a crear efectos jurídicos. A raíz de ello, los destinatarios del acto deberán actuar atendiendo lo allí dispuesto. Esta institución jurídica tiene sustento normativo en la Ley 1437 de 2011.

El estudio sobre este tema se realizó por el interés de analizar la tensión que se puede generar cuando los actos administrativos –que se presumen legales– son expedidos de manera irregular o presentan vicios en su forma y/o sustancia. Esto permitió identificar el alcance que

se le ha dado a esta figura en el derecho administrativo colombiano. Además, plantearse la posibilidad de repensar la figura de la presunción de legalidad al menos en el plano académico.

Para esto, se realizó un rastreo y análisis de las normas que consagran y fundamentan el acto administrativo y sus elementos y caracteres, dentro de los que se encuentra la presunción de legalidad, además de las causales de nulidad. Además, se estudió la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional donde le han dado desarrollo al objeto de estudio. Igualmente, se analizó cómo la doctrina especializada – local e internacional– entiende estos conceptos y cuáles alcances les han dado a los mismos.

En síntesis, el presente escrito busca delimitar el concepto de la presunción de legalidad, en el derecho administrativo colombiano. Explicar las razones que existen en la doctrina para la existencia los caracteres del acto administrativo dentro de los que se encuentra la presunción de legalidad. Otorgar elementos de juicio para cuestionarse el carácter absoluto de la mencionada presunción y suministrar unas conclusiones respecto de todo el estudio.

El primer capítulo ofrece darle al lector una aproximación al concepto de acto administrativo en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. Explicar los elementos de validez del acto.

En el segundo capítulo se analizan los caracteres del acto administrativo y finalidades que tienen en el desarrollo de las funciones de la administración pública amparadas en la autotutela administrativa, se hace hincapié en la consagración normativa de la presunción de legalidad de los actos administrativos. Allí, también se abordan los otros caracteres del acto administrativo, la posición que ha tenido la doctrina especializada, respecto de estas categorías estudiadas.

Por último, se espera demostrar a partir de todo lo analizado, que en el derecho administrativo colombiano hay una armonía en la aceptación de que la figura de la presunción de legalidad de los actos es absoluta, siempre que los actos no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo. Además, se pretende sembrar las bases para cuestionar al menos en el campo académico si la presunción de legalidad de los actos administrativos debe ser absoluta o podrían plantearse algunos matices y/o excepciones.

1. **El Acto Administrativo:**

El concepto ha sido trabajado por diferentes doctrinantes y ampliado por la jurisprudencia. Con ello, se han llegado a concesos y diferencias respecto del alcance de esta categoría.

La Corte Constitucional ha definido el Acto Administrativo como:

El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados. (Corte Constitucional - Sentencia C1436, 2000)

El Consejo de Estado por su parte ha indicado que; “Por tanto para hablar de actos administrativos, en ellos debe contenerse una declaración unilateral de voluntad de la administración y que aquella produzca de manera directa efectos jurídicos” (Consejo de Estado - 15001-23-33-000-2013-00715-01, 2014)

El profesor Berrocal sostiene que:

“... luego se ha de definir el acto administrativo como TODA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD, JUICIO, COGNICIÓN O DESEO QUE SE PROFIERE DE MANERA UNILATERAL, EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, Y PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS DIRECTOS O DEFINITIVOS SOBRE UN ASUNTO DETERMINADO (...) (Mayúscula propia del texto original) (Berrocal Guerrero , 2009)

El Profesor Gordillo, agrega que; es “Una declaración unilateral declarada en el ejercicio de la función administrativa que se produce con efectos jurídicos individuales, en forma inmediata”. (Gordillo , 2011, pág. 28)

Para García de Enterría “El acto administrativo señala la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, realizada por la administración en ejercicio de una potestad reglamentaria”. (García de Enterría & Fernández, 1993)

Santofimio Gamboa lo define como: “Toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos” (Santofimio Gamboa, 2020, pág. 131)

Por tanto, podemos afirmar que la doctrina y la jurisprudencia han aceptado mayoritariamente que; acto administrativo son todas aquellas manifestaciones de voluntad por parte de la administración, las cuales producen efectos de carácter jurídico. Dichas declaraciones de voluntad, emitidas por la administración tienen una característica importante, la cual es la unilateralidad.

Elementos de Validez del Acto Administrativo:

Las diferentes definiciones tratadas anteriormente nos permiten avizorar que existen elementos indispensables para que un acto administrativo pueda existir. Dromi nos indica que; “La existencia del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos elementos esenciales: competencia, objeto, voluntad y forma, los cuales deben concurrir simultáneamente en la forma requerida por el ordenamiento jurídico” (Dromi, 1997). La doctrina especializada ha destacado varios de estos. Los elementos de validez del acto, tienden a variar según cada doctrinante. Podemos encontrar tantos elementos de validez como doctrinantes que escriben al respecto. Algunos varían los conceptos, otros consideran que

unos y otros pueden ser el mismo. Sin embargo, entre los más comunes y reiterados podemos destacar los siguientes:

a. El Sujeto o Competencia: Es quien realiza la manifestación de voluntad cuando se expide el acto. Por lo general, es una persona vinculada a la rama ejecutiva del poder público, no obstante, eventualmente puede tratarse de un integrante de las otras ramas de poder público. Este elemento en palabras de Carlos Ariel Sánchez, responde al interrogante de quien expide el acto (Sánchez Torres, 2004). El sujeto o elemento subjetivo dentro de los actos administrativos, a su vez debe actuar revestido de **Competencia**. Todos los actos administrativos necesariamente deben ser expedidos por el funcionario que el mismo ordenamiento jurídico señale. Las funciones de la administración están regidas por el principio de legalidad, y de acuerdo a lo estipulado en el orden jurídico preestablecido; es por esto que las autoridades administrativas solo pueden realizar aquellas acciones que expresamente le están permitidas, puesto que de lo contrario serían directas violadoras del principio de legalidad. Frente a esto, el Profesor Giraldo Castaño expresa:

La competencia requiere norma expresa que la confiera, es decir de derecho estricto, y por eso se dice que los funcionarios y organismos públicos solo pueden y deben hacer aquello que les está expresamente autorizado o mandado; en cambio los particulares pueden hacer todo lo que no les este expresamente prohibido. (Giraldo Castaño, 1995)

Para Dromi, la competencia se resumen en: “La esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo” (Dromi, 1997)

b. La Forma: En cuanto a la forma es importante resaltar que en Colombia, el criterio material es predominante para el Consejo de Estado. En términos prácticos, el Consejo considera que sin importar la forma en la que esté elaborado un acto administrativo siempre

que este sea una manifestación unilateral de voluntad tendiente a producir efectos jurídicos, estaremos frente a un acto administrativo. Así el Consejo de Estado dice que;

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, salvo la exigencia de motivación expresa que introduce en el artículo 42 para las decisiones que ponen fin al procedimiento administrativo, no contempla requisito alguno de forma cuya pretermisión comprometa la validez del acto producido dentro del procedimiento administrativo común y principal. Al margen de la motivación, solo la omisión de aquellas formalidades que afecten el debido proceso, y de los principios propios de la función administrativa (artículos 29 y 209 de la Constitución Política) que han incidido en el sentido de la decisión, comprometen la validez del acto administrativo. Las restantes se reputan formalidades accidentales. (Consejo de Estado - 11001-03-15-000-2020-02083-00, 2020)

Es importante resaltar entonces que las formas de los actos pueden referirse a un procedimiento, es decir, un conjunto de trámites para llegar a un acto administrativo. También a unas formalidades, entendidas como requisitos que han de observarse para expedir el acto. Por tanto, podríamos definir el elemento *forma* como el modo o la manera en la que la voluntad se manifiesta dando vida al acto.

Para Dromi la forma es “se entiende por forma el modo como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa. Es decir, el modo de exteriorización de la voluntad administrativa” (Dromi, 1997)

Por último, es importante resaltar que en caso que alguna norma superior consagre una forma determinada para un acto específico, desatenderla podría dar lugar una causal de nulidad.

c. Causa o Motivación: La causa del acto administrativo; hace referencia a todos aquellos supuestos de hecho y de derecho que utiliza el Órgano o el Funcionario que cumple funciones públicas, como base o fundamento para expedir el acto administrativo. En este aspecto, el tratadista, Sánchez Torres, precisa:

Los motivos son los presupuestos o los antecedentes de hecho o de derecho que provocan y fundan la decisión unilateral. Son situaciones fácticas o jurídicas, simplemente existen o no existen. Si no existen el acto es nulo porque la

administración dictó su decisión sin motivos. Si ésta apreció mal el motivo existente al aplicar una norma jurídica en forma errónea, la decisión administrativa también es inválida fruto de una mala apreciación de antecedentes. (Sánchez Torres, 2004)

Posteriormente, esa causa o motivos, debe ser la materializada; llevarse a la forma escrita. La forma más eficaz para realizar la motivación de los actos administrativos, es que esta se haga de una forma concomitante al acto, es decir, que en el mismo escrito donde se encuentre la parte resolutive del acto debe reposar la motivación de este. Sobre este punto, Giraldo Castaño nos dice que:

La motivación debe ser clara, para que pueda ser fácilmente interpretado el acto. Además debe ser seria y no un conjunto de frases o formulas logomárquicas, ni discusiones bizantinas, pues ello induce a creer que el Acto no es sincero ni real. Finalmente debe justificarse la relación de causalidad entre los motivos presupuestos y los motivos determinantes. (Giraldo Castaño, 1995)

El profesor Garrido Falla indica “Por motivación del acto administrativo debe entenderse la exposición de las razones que han movido a la Administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste” (Garrido Falla, 1994) Es entonces la motivación el conjunto de razones tanto de fácticas como jurídicas que dan cuenta de la decisión que ha de tomar la administración. La motivación es la justificación la decisión unilateral tomada por el funcionario competente.

d. El Objeto: El objeto del acto o contenido del mismo es lo que en materia decide el acto administrativo. Este debe poseer un contenido específico, el cual debe respetar o ir en la misma dirección de las normas legales y Constitucionales existentes dentro del ordenamiento jurídico. En palabras de Oscar Aníbal Giraldo es el contenido mismo del acto administrativo. (Giraldo Castaño, 1995)

Por su parte, Sánchez Torres afirma:

El contenido es la decisión, es la manifestación misma de la voluntad de la administración. Este elemento es el que nos permite diferenciarlo de otros tipos de

actos. Adicionalmente, y con relación a este elemento hay que tener en cuenta que su contenido está haciendo referencia a la función administrativa. (Sánchez Torres, 2004)

Al respecto Dromi agrega:

El objeto del acto administrativo es la materia contenido sobre lo que se decide, certifica, valora u opina. El objeto debe ser cierto, claro, preciso, y posible física y jurídicamente. El acto debe decidir, certificar, o registrar todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento (Dromi, 1997)

El objeto dentro del acto administrativo posee entonces unas características específicas; Deberá poder ser ejecutado tanto física como jurídicamente, por tanto no podrá ir en contra de las leyes de la naturaleza; así como tampoco puede ser contrario a ninguna norma de tipo superior dentro del ordenamiento jurídico

e. El Fin: Es lo que se pretende conseguir al momento de la expedición del acto administrativo. Por medio del elemento finalista como lo denomina Carlos Ariel Sánchez, se manifiesta la voluntad que lleva al sujeto a crear el acto administrativo; es acá a final de cuentas, donde se revela los reales motivos psicológicos que llevaron a la expedición del acto.

Debe existir una finalidad general de interés público en todas las manifestaciones de voluntad de la administración, igualmente, debe existir coincidencia entre la finalidad propuesta y la norma que la autoriza, finalidad que debe buscar el funcionario al hacer uso de la facultad (Sánchez Torres, 2004)

La discordancia entre los propósitos de la norma y la finalidad que tuvo el agente, constituye "*desviación de poder*". Siendo esta una causal de nulidad de los actos administrativos. Sobre esto se hablará más adelante.

2. Principio de Autotutela Administrativa. y Características, Atributos y/o

Prerrogativas del Acto Administrativo.

Autotutela Administrativa:

El principio de Autotutela Administrativa refiere a la posibilidad que tiene la administración –y los particulares que ejercen funciones públicas de carácter administrativo–

de poder expedir y ejecutar sus actuaciones sin la intervención y/o convalidación de ninguna otra rama del poder público. Los particulares por lo general deben acudir ante los jueces para que estos reconozcan sus derechos o los hagan exigibles, la administración no. Al respecto el profesor Garrido Falla refiere:

El sistema de la prerrogativa administrativa se manifiesta aquí con todo su vigor, marcándose netamente la diferente posición jurídica en que el Derecho coloca la administración y a los administrados. Mientras que un particular que quisiese hacer efectivo un derecho del que fuese titular necesitaría, en primer lugar, obtener del Tribunal competente la declaración judicial de reconocimiento del derecho controvertido y, en segundo lugar, acudir igualmente al Tribunal competente para que inicie el correspondiente procedimiento ejecutivo sobre el patrimonio del deudor; en cambio, la Administración pública aparece investida de los poderes necesarios para realizar por sí misma la autotutela de su derecho, y para ello: primero, declara por sí misma cuál es su derecho, de dónde el carácter obligatorio del acto administrativo; segundo, procede a ejecutar por sus propios medios – y, en su caso, contra la voluntad de los obligados- lo que previamente ha declarado. Se trata de manifestaciones concretas del principio que para un extenso sector doctrinal se conoce con el nombre de autotutela administrativa. (Garrido Falla, 1994)

Por su parte, Santofimio Gamboa al referirse sobre la autotutela administrativa señala:

Consiste esta figura, exótica dentro del Estado de derecho, en la admisión constitucional y legal de poderes superiores de los entes públicos con funciones administrativas, que rompen el estricto principio de igualdad, otorgándole a los actores públicos la posibilidad de declarar y ejecutar unilateralmente el derecho frente a los administrados, con el propósito de otorgarle relevancia y ejecutoria a las decisiones administrativas, sin la necesidad de acudir para estos efectos a los estrados judiciales (Santofimio Gamboa, 2020, pág. 35)

Habrá que decirse entonces en el principio de autotutela administrativa se fundan las características, atributos y/o prerrogativas del acto administrativo. Daremos entonces una aproximación a estos.

El profesor Gustavo Penagos refiere que:

Los caracteres exorbitantes del Acto Administrativo, son propios de la supremacía del Estado, que en sus relaciones de interés general, se rigen por el derecho público, Por eso los caracteres enunciados no se encuentran en los actos de derecho privado. Se observa, además, que la presunción de legalidad, la ejecutoriedad, o bien la estabilidad de los Actos Administrativos que crean situaciones jurídicas a favor de un particular, encuentra apoyo y fundamento en la actividad misma del Estado de Derecho, que presume actúa siempre de acuerdo con la Constitución y leyes, conforme se deduce del artículo 6° [...] (Penagos, 2011)

Tenemos entonces que las principales características referidas en la Doctrina del Acto, son la Ejecutoriedad, la Estabilidad y la Presunción de Legalidad.

Ejecutoriedad: Como ya se mencionó en este escrito, la administración cuenta con el principio de autotutela. Esto le faculta para exigir el cumplimiento de sus decisiones sin que se requiera una autorización o participación de un tercero que los convalide. Por tanto, la administración puede ejecutar sus actos una vez cumplidos los requisitos de existencia y validez. El administrado no tendrá otra opción que acatarlos o en su defecto demandarlos. Al respecto el profesor Santofimio indica:

Los actos jurídicos creados por el acto administrativo deben hacerse eficaces para lo cual el ordenamiento le reconoce suficientes poderes de ejecución a la administración, no solo para que los de a conocer, sino también, si es del caso, para que los haga efectivos y eficaces unilateralmente, a través de los procesos o procedimientos operativos coherentes con lo dispuesto en ellos. (Santofimio Gamboa, 2020, pág. 132)

El artículo 8* de la Ley 1437 de 2011 consagra esta prerrogativa en el ordenamiento jurídico colombiano.

ARTÍCULO 89. CARÁCTER EJECUTORIO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR LAS AUTORIDADES. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional. (Congreso de la República de Colombia, 2011)

Vemos entonces como la ley reproduce casi que textualmente los contenidos de la definición del principio de autotutela administrativa. Dándole así, un alcance normativo con fuerza de Ley a la posibilidad de ejecutar sus actos sin convalidación de ente alguno. Es claro entonces para el legislador que una vez en firme el acto administrativo, es decir, una vez cumpla con las formalidades para su expedición, podrá ejecutarse de manera directa sin mediar autorización de ninguna otra autoridad. Incluso puede acudir a la fuerza para el cumplimiento de sus decisiones a través de cuerpos policiales

El profesor Dromi define la ejecutoriedad como:

Partiendo de la concepción que el poder del Estado es uno y único, no podemos negarle a la Administración la fuerza, la capacidad, la aptitud para obtener el cumplimiento de sus propios actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca su derecho y la habilite a ejecutarlos. (Dromi, 1997)

La Estabilidad: Está hace alusión a la inmutabilidad que tiene el acto administrativo cuando ya cumple con todos sus requisitos de existencia y validez y crea situaciones jurídicas consolidadas en favor de los administrados. Dromi lo define como:

Es la irrevocabilidad del acto por la propia Administración. Es la prohibición de revocación de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados al interesado, salvo que se extinga o se altere el acto en beneficio del interesado. (Dromi, 1997)

Por su parte, el Ordenamiento Jurídico Colombiano también tiene consagra con rango legal el carácter de *Estabilidad* de los actos administrativos. El artículo 97 da cuenta de ello. Allí se estableció que cuando mediante un acto administrativo se reconozca un derecho. El mismo no puede ser revocado por la administración. Incluso si esta considera que el acto mediante el cual se concedió fue expedido de manera irregular. En cuyo caso deberá la administración solicitarle al destinatario del acto, autorización escrita para poder revocarlo. Si este no la otorga, la administración deberá demandar ante los jueces contenciosos administrativos su propio acto.

Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa. (Ley 1437, 2011, Artículo 97)

Presunción de Legalidad: Previo al desarrollo del concepto, resulta importante

realizar la precisión que hace Esquivel en su texto:

De las anteriores definiciones, se advierte que se le adjetiva a la presunción a estudio con tres diferentes sustantivos⁶ transpuestos a adjetivos con la preposición “de”: legalidad, legitimidad o validez; lo cual lleva a una primera interrogante; ¿existe alguna diferencia notable entre ellos?, la siguiente interrogante que se produce es la siguiente: ¿cuál es la naturaleza de tal presunción?

Para intentar responder a la primera cuestión debe uno atender a que en este contexto la legalidad, la legitimidad y la validez se les utiliza como sinónimos; ya que la legalidad y la legitimidad se entienden como lo que es conforme o establecido en la ley, a su vez la validez del acto administrativo, depende de que concurren sus elementos lo que es inherente a que esté apegado a la ley. (...) (Esquivel Vásquez, 2017)

En razón de esto, en este trabajo le daremos tratamiento de sinónimos a los conceptos *presunción de legalidad*, *presunción de legitimidad* **y** *precisión de validez*.

La presunción de legalidad se traduce en; los actos administrativos expedidos por cualquier autoridad administrativa –y los particulares que ejercen funciones públicas de carácter administrativo– deben entenderse como ajustados al ordenamiento jurídico y en consecuencia habrán de cumplirse cabalmente.

Sobre la justificación de la presunción de legalidad de los actos administrativos, Augusto Durán Martínez, cita a María Rivalta para señalar que:

María RIVALTA, recordando a TREVES, al referirse al fundamento de tal presunción de legitimidad, dice que es lógico que dicha presunción sea aceptada, por cuanto el acto administrativo procede de una autoridad pública, que tiene el deber de respetar la ley; es obra de funcionarios particularmente seleccionados y desinteresados; debe observar frecuentemente determinada forma; antes de su eficacia está supeditada a una serie de controles, siendo entonces necesaria la intervención de varios organismos. Todas esas circunstancias inducen a considerar que en la mayor parte de los casos el acto administrativo se conforma a la ley (María RIVALTA: La motivazione degli atti amministrativi, páginas 165- 166)”. (Durán Martínez , 2007, pág. 130)

Por su parte Esquivel al referirse a la presunción de legalidad, considera que es necesaria para el desarrollo de las actividades de la Administración tendientes a desarrollar los fines del Estado, así señala que:

Lo anterior no debe considerarse desmesurado, ya que este atributo resulta necesario en el andamiaje de cualquier sistema jurídico, puesto que un Gobierno establecido es quien se encuentra obligado y legitimado para llevar a cabo los actos necesarios para conservar el Estado de Derecho, que en palabras de Bobbio, es definido como el: [...]

[...] Por ello es que se le atribuye al acto de la autoridad con la presunción de validez, a efecto de ejercer con mayor eficacia su actividad administrativa, sin que ello se traduzca en un estado de indefensión para el gobernado, toda vez que podrá desvirtuarla en su oportunidad, como ya ha quedado mencionado. (Esquivel Vásquez, 2017)

Dromi al referir la presunción de legalidad plantea que:

Es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con la que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos, por eso crea la presunción de que son legales, es decir, que se presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción. (Dromi, 1997)

Sobre la presunción de legalidad la Corte Constitucional en Sentencia T-445 de 1994 manifestó que:

Entonces la administración está definiendo derechos y a la vez creando obligaciones inmediatamente eficaces, gracias a la presunción de validez y de la legitimidad de que gozan sus actos. La presunción de legalidad significa que los actos tienen imperio mientras la autoridad no los declare contrarios a derecho. Este carácter del acto administrativo llamado efecto de ejecutividad, tiene su fundamento en el artículo 238 de la Constitución Política por cuanto al establecer que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial, significa a contrario sensu que mientras no se suspendan los efectos de los actos administrativos, son plenamente válidos. (Corte Constitucional - Sentencia T-445, 1994)

La Constitución Política establece: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas” (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. Art. 83) de allí se extrae que desde la norma constitucional se presume que las autoridades públicas –entre las cuales se encuentran las autoridades administrativas– se deben

ceñir a los postulados de la buena fe. Sobre esto último, el profesor Ivan Mauricio Fernández Arbeláez agrega que;

De conformidad al inciso segundo del artículo 123 de la Constitución Política, la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico parte de la Constitución, luego sigue la Ley y después el reglamento. Esto quiere decir, que el reglamento (entendido en un sentido genérico), es decir, el acto administrativo, se presume legal, ya que al pertenecer a la normativa imperativa del Estado, su sola expedición lo hace acorde al ordenamiento jurídico y de efectos vinculantes para el conglomerado o para el particular, según el caso, debido a que estamos ante todo un complejo normativo sistemático donde las normas de menor jerarquía son compatibles con las de mayor, salvo si se demuestra lo contrario mediante los mecanismos de control respectivos (Fernández Arbeláez, 2015, pág. 56)

Ante esto, podemos decir que para el profesor Fernández, al tener que expedirse los actos administrativos de conformidad con las normas superiores y por ser expedida dentro del sistema normativo, su presunción de legalidad está más que justificada.

Gabino Fraga, en su obra Derecho Administrativo, sostiene que:

[...] una vez que el acto administrativo se ha perfeccionado por haber llenado todos los elementos y requisitos para su formación, adquiere fuerza obligatoria y goza de una presunción de legitimidad que significa que debe tenerse por válido mientras no llegue a declararse por autoridad competente su invalidez, es decir, que se trata de una presunción *iuris tantum*. Esa fuerza obligatoria del acto administrativo impone la necesidad de estudiar su trascendencia en la situación de los particulares a quienes pueda referirse. (Fraga, 1979)

Por su parte, el tratadista Nava Negrete, con respecto a la Presunción de Legalidad del Acto Administrativo, hace las siguientes precisiones:

En el acto administrativo ejecutividad significa que puede llevarse a efecto o hacerse efectivo por sí mismo; no requiere que intervenga o interceda un órgano jurisdiccional. Apoya esta condición del acto un atributo que le es reconocido por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de los tribunales, la presunción de legalidad. Salvo que el particular pruebe la ilegalidad del acto, éste goza de esa presunción que le da una especie de legitimación para que pueda ser ejecutado por la misma autoridad emisora de él.” (Nava Negrete, 1995, pág. 306)

La Presunción De Legalidad En El Ordenamiento Jurídico Colombiano.

En el Ordenamiento Jurídico Colombiano la presunción de legalidad se encuentra consagrada en el Art. 88 de la Ley 1437 de 2011 donde se establece que;

Art. 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar. (Ley 1437, 2011, Artículo 88)

De allí, la consagración de legal de la presunción. Aclarando que la norma se abstiene de realizar distinción o exclusión alguna. Por tanto, desde que el acto administrativo es expedido y una vez notificado creará efectos jurídicos, así tenga defectos en su expedición.

Al respecto, el profesor Fernández refiere:

En conclusión: el acto administrativo se presume legal y, por ende, produce efectos jurídicos, así en sus entrañas tenga vicios invalidantes que lo hagan nocivo para la sociedad ya que, en caso contrario, el orden jurídico se vería en graves problemas y la administración pública se paralizaría o se vería impedida para cumplir con los fines del Estado. Solo su declaratoria de nulidad en sede jurisdiccional o revocatoria en sede administrativa, lo harían desaparecer de la vida jurídica. (Fernández Arbeláez, 2015, pág. 57)

Para el legislador colombiano la presunción de legalidad es absoluta. Además de su consagración expresa, la presunción es ratificada por más disposiciones de rango legal. Estas disposiciones no la refieren de manera directa, pero amplían su alcance. En ejemplo de ello, son los artículos 90 y 91 de la Ley 1437 de 2011.

La presunción de legalidad tiene como uno de sus efectos, la obligación para el ciudadano de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo. Lo anterior, puesto que se presume que el acto es conforme a la Ley. Por tanto, la administración tiene facultades para sancionar a quienes que se rehúsen a cumplir sus decisiones. Una muestra de esto es lo contemplado en el Art. 90 *ibídem* que reza:

Artículo 90. Ejecución en caso de renuencia. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, cuando un acto administrativo imponga una obligación no dineraria a un particular y este se resistiere a cumplirla, la autoridad que expidió el acto le impondrá multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, concediéndole plazos razonables

para que cumpla lo ordenado. Las multas podrán oscilar entre uno (1) y quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes y serán impuestas con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

La administración podrá realizar directamente o contratar la ejecución material de los actos que corresponden al particular renuente, caso en el cual se le imputarán los gastos en que aquella incurra. (Ley 1437, 2011, Artículo 90)

De otro lado, el Art. 91 de la ley citada indica en los momentos en los cuales el acto administrativo pierde su capacidad de ejecutarse. Habrá que aclarar que no siempre que se hable de pérdida de ejecutoria de un acto, es debido a que haya sido desvirtuada la presunción de legalidad del acto. Lo anterior, se debe a que si bien la ejecutoria del acto se justifica en la presunción de legalidad, la misma es independiente y tiene sus propias razones para perderse.

Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia. (Ley 1437, 2011, Artículo 91)

La relación que guarda la presunción de legalidad del acto con la ejecutoria del acto es simple. Mientras un acto administrativo se presuma legal, podrá ser ejecutado. Sin embargo, en los eventos referidos en líneas anteriores, la administración pierde la posibilidad de ejecutar el acto.

El profesor Gordillo lo refiere de la siguiente manera:

En otras palabras, de la presunción de legitimidad se deriva la obligatoriedad o exigibilidad del acto, lo que hace que los destinatarios del mismo tengan el deber jurídico de cumplirlo. (Gordillo , 2011, pág. 20)

De todo lo visto, podría concluirse que el acto administrativo tiene un carácter absoluto. No obstante, esta Presunción de Legalidad puede ser desvirtuada, pero para que ello

ocurra debe acudir ante los jueces contenciosos administrativos. Los administrados podrán hacer uso de los medios de control consagrados en el título tercero de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), valiéndose de las causales aquí consagradas.

Para acceder a estos medios de control, se debe solicitar la nulidad del acto administrativo. Lo anterior, al examinar la clase de acto administrativo sobre el que se pretende desvirtuar su presunción de legalidad, justificando y demostrando las razones por las cuales el acto no es conforme a derecho, aduciendo una o varias causales de las consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Lo anterior, genera unas cargas para el administrado, pues este deberá entonces mediante las acciones jurídicas -denominadas en la Ley 1437 de 2011 “Medios de Control”-, desvirtuar la presunción de legalidad del acto y para el efecto tendrá que valerse de medios probatorios que considere pertinentes para que el juez advierta la ilegalidad del acto. Sobre esto ha dicho el Consejo de Estado:

Tal como indica la doctrina, la consagración de la presunción de legalidad a favor de los actos administrativos desplaza la carga de la prueba al ciudadano, quien mediante las vías procesales de impugnación debe comprobar la no correspondencia de la decisión administrativa demandada con el derecho. (Consejo de Estado - 11001-03-26-000-2008-00033-00(35313), 2009)

Más adelante en la misma providencia el Consejo de Estado señala:

Por tanto, la única forma de romper dicha presunción de validez es mediante pronunciamiento judicial definitivo. Por esto, en el ordenamiento jurídico colombiano en la demanda de nulidad se exige al accionante que señale en el escrito de demanda tanto las normas que considera violadas como el concepto de la violación; este último requisito constituye la causa petendi o el marco en el cual se puede desenvolver la litis, sin que el operador jurídico pueda pronunciarse de oficio sobre otras posibles vulneraciones, toda vez que se trata de una jurisdicción de carácter rogado (Consejo de Estado - 11001-03-26-000-2008-00033-00(35313), 2009)

Obsérvese entonces, que hasta que no sea declarada la ilegalidad del acto, los administrados deberán actuar como si el acto estuviese ajustado a derecho. Así lo ha dicho el Consejo de Estado:

Tal como señaló la Sala líneas antes, los destinatarios de las normas administrativas no pueden oponerse a las mismas, cualquier inconformidad con su contenido debe ser ventilada en un proceso de carácter jurisdiccional, encaminado precisamente a desvirtuar una presunción que no es definitiva sino “*iuris tantum*” (Consejo de Estado - 11001-03-26-000-2008-00033-00(35313), 2009).

Como corolario de todo lo anterior, queda plenamente demostrado que en Colombia la presunción de legalidad tiene un carácter absoluto, tal como se anotó en párrafos precedentes.

Pese a que la forma en la que la legislación y la jurisprudencia colombiana otorgan un carácter absoluto a la presunción de legalidad de los actos administrativos, hay una parte de la doctrina que hace resistencia al concepto de presunción de legalidad de manera absoluta.

El profesor Agustín Gordillo, en su texto sobre derecho administrativo es bastante crítico sobre la contradicción lógica en la que se pueden ver avocados los ciudadanos que se encuentren ante actos administrativos que sean abiertamente ilegales –ilegítimos- y que debido a que una norma legal establece que se debe actuar acatando lo establecido en el acto, sin importar el contenido hasta tanto no sea declarado nulo. Así:

En otras palabras, es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda presumirse legítimo si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo. Esa contradicción lógica ni siquiera podría ser superada por una hipotética norma legal expresa que así lo dijera, pues allí tendríamos una pretendida presunción legal cuya irrazonabilidad parece manifiesta. En tal sentido cabría imaginar una norma que invocando el bien común o el interés público dijera que “Aunque encuentres un acto manifiestamente ilegítimo, debes comportarte como si fuera legítimo, pues la ley así lo impone.” Pero es claro que ello resulta irrazonable, por ende inconstitucional. (Gordillo , 2011, pág. 4)

Para él, los aspectos que fundamentan la necesidad de la presunción de legalidad son cuestionables. Pues si bien como se dijo en este trabajo en líneas anteriores, uno de los fundamentos que respalda la presunción de legalidad es los controles que tiene el acto previo a su expedición. Ello, aunado a los principios que rigen la administración pública. Ante esto, Gordillo se muestra escéptico y apela a la realidad.

Es así manifiesta la debilidad o inexistencia del fundamento en que se hace reposar esa presunción de legitimidad: aun dejando de lado la vieja afirmación de la Corte, que los

actos administrativos “por serlo” se presumen legítimos y atendiendo a la que ofrece alguna doctrina, se advierten sus limitaciones. Se afirma en la jurisprudencia que el fundamento radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, lo que demuestra la tesis contraria. La realidad es el incumplimiento de las reglas del procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación, etc. (Gordillo , 2011, pág. 10)

Continuando con la línea el profesor Gordillo, este se cuestiona las razones por las cuales los actos administrativos revestidos por la presunción de legalidad, tengan un grado de obligatoriedad similar a la Ley. Pues considera que los procesos de creación de ambas normas no son equivalente y que uno está dotado de garantías que permiten observar una mayor participación, mientras el otro puede ser dictado por una individualidad.

Tampoco podría encontrarse un fundamento teórico de manera similar que para las leyes, que por razones prácticas se establece que el derecho se supone conocido por todos, aunque de hecho ello no sea así. Es que —en épocas normales, para las cuales tales principios son establecidos— la ley está rodeada de garantías reales y no teóricas que morigeran la comisión de arbitrariedades: La discusión o debate parlamentario, distintos sectores políticos, la posibilidad de un veto o de su promulgación por el Poder Ejecutivo, un mayor control social, etc. En cambio, el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un sólo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidios, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia. (Gordillo , 2011, pág. 11)

Además, considera Gordillo que la carga de probar la ilegalidad es desproporcionada, puesto que solo la considera necesaria, en los eventos en los que la ilegalidad del acto se presente en situaciones ocultas o desconocidas. Pero en los eventos en los que la ilegalidad del acto salta a la vista con una simple confrontación con el ordenamiento jurídico, debería ser suficiente con solo solicitarla.

Por de pronto, parece evidente que la prueba —aun admitiendo esta orientación— sólo puede resultar necesaria cuando la ilegitimidad del acto dependa de situaciones de hecho que éste ha desconocido; en cambio, si la ilegitimidad surge de su mera confrontación con el orden jurídico

positivo, parece infundado que ello deba de alguna manera probarse: es obvio a su respecto que la ilegitimidad sólo se alega, en primera instancia. Si el vicio es manifiesto, en verdad, debe ser suficiente con pedirla. (Gordillo , 2011, pág. 22)

3. Causales de Nulidad de Los Actos Administrativos.

El Art. 137 de la Ley 1437 establece:

ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...) (Congreso de la República de Colombia, 2011)

Del inciso primero del Art. 137, es posible extraer las causales por las cuales es posible solicitar la nulidad de un acto administrativo. Si analizamos detenidamente cada una de estas causales, es posible advertir que cada una de ellas es perfectamente atribuible al desconocimiento de por lo menos, uno de los elementos de validez del acto administrativo que ya fueron referidos en el presente escrito.

Cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían Fundarse:

Esta causal es aplicable cuando existe una incompatibilidad entre el acto administrativo y las normas superiores. Esta incompatibilidad se puede dar porque el operador jurídico que expide el acto administrativo no aplicó la norma superior, la aplicó indebidamente o la interpretó de manera errada. De esta manera lo ha dicho en Consejo de Estado:

Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso.

También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso.

Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2.- Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto

Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde. (Consejo de Estado - 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660), 2012)

Es importante señalar, que para desvirtuar la Presunción de Legalidad, y consecuentemente dar aplicación a una de las causales traídas por el artículo 137 del CPAC, el Acto administrativo debe infringir una norma de rango superior, bien la Constitución, la Ley, o el Reglamento.

Al respecto el Doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié, indica:

La violación de la norma superior se presenta no solo frente a la ley en sentido material, sino frente a toda disposición que con carácter obligatorio debe acatar el destinatario, como los principios generales que inspiran toda regulación, como el Principio del Debido Proceso, el de la Transparencia en la contratación, el del Equilibrio Económico del Contrato, el de la Irretroactividad de los Actos Administrativos, el de la igualdad ante la ley, etc. (Palacio Hincapié, 2006, pág. 243)

Vemos entonces como podría configurarse esta causal de nulidad en un acto administrativo cuando este desconoce normas de rango superior.

Falta de Competencia:

En esta causal se funda en el Principio de Legalidad. Esto teniendo en cuenta que la administración solo podrá ejecutar las acciones que previamente se encuentren descritas en

normas habilitantes. En ese orden de ideas, los funcionarios que expiden actos administrativos deben estar facultados para ello por una norma que expresamente les asigne expresamente dicha competencia. Cuando un funcionario emite un acto administrativo sin que exista una norma que lo habilite para emitir tal acto, este acto adolecerá del vicio de falta de competencia y sobre este acto podrá solicitarse a los jueces contenciosos administrativos que declaren la nulidad de dicho Acto.

El Consejo de Estado ha entendido esta causal de nulidad como:

En efecto, la “competencia es la facultad o el poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función”, razón por la cual la doctrina ha entendido que la incompetencia o falta de competencia se materializa cuando el autor profiere un acto pese que a no tenía el poder legal para expedirlo, es decir, cuando la decisión se toma si estar facultado legalmente para ello. En otras palabras, dicho reproche se configura cuando el acto es proferido por fuera de las competencias legales y constitucionales atribuidas al servidor público o la Corporación respectiva, esto es, por fuera de las “atribuciones que el ordenamiento jurídico ha otorgado” (Consejo de Estado - 73001-23-31-000-2011-00512-01, 2018)

Falsa Motivación:

Como se expresó en este escrito, la motivación hace referencia a todos aquellos supuestos de hecho y de derecho que utiliza el Órgano o el Funcionario que cumple funciones públicas, como base o fundamento para expedir el acto administrativo. Cuando la decisión que se toma en el acto administrativo no es correspondiente a esos motivos de hecho o de derecho, estaríamos frente a un supuesto de falsa motivación. El Consejo de Estado ha dicho:

Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente" (Consejo de Estado - 11001-03-27-000-2006-00032- 00 -16090, 2011)

El doctrinante Palacio Hincapié sobre el particular aduce que “Es un vicio que invalida el acto administrativo cuando no existe correspondencia entre la decisión que se adopta y la

expresión de los motivos que en el acto aducen como fundamento de la decisión” (Palacio Hincapié, 2006, pág. 237)

La desviación de Poder:

Como se ha afirmado a lo largo del presente escrito, mediante sus actos administrativos la administración busca la concreción de los fines del Estado. No obstante, en algunos eventos los funcionarios que crean los actos administrativos actúan con fines particulares distintos a los que se consagran para los diferentes actos administrativos. Esa situación se conoce como Desviación de Poder.

Esta causal de nulidad es la de mayor dificultad probatoria. Las hasta ahora tratadas pueden ser confrontadas de manera objetiva contra el acto administrativo y/o contra hechos, actas o pruebas. Sin embargo, tratándose de desviación de poder los motivos del agente puede estar ocultos y el acto puede estar revestido de una apariencia de legalidad, puesto que puede contener los demás elementos de validez, sin embargo, su finalidad podría entrañar un interés particular y será el administrado quién –como ya vimos– tiene la carga de desacreditar la presunción de legalidad del acto. No obstante, es importante resaltar que el administrado no deberá probar que el funcionario actuó con culpa o dolo, bastará con que demuestre que actuó con un interés diferente al consagrado en las normas que regulan la materia. Al respecto el profesor Lamprea indica:

Se insiste en que no se pide prueba de conducta dolosa. Basta que sea desviada o que implique errónea apreciación del derecho. Se puede dar el desvío aún respecto de funcionario que dice, y parece, haber obrado de buena fe. (Lamprea, 2004)

El Consejo de Estado ha dicho respecto a esta causal de nulidad lo siguiente:

Se tiene reconocido que la desviación de poder tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto. Esta causal de nulidad se da tanto cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando

se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente. (Consejo de Estado - 66001-23-31- 000-1998-00645-01, 2012)

En consecuencia, si el acto administrativo pretende satisfacer un interés diferente al consagrado en el ordenamiento de manera general o específica para el tipo de acto que se pretenda expedir, entonces, estaríamos ante un evento de desviación de poder.

Expedición Irregular:

En determinados casos la Ley establece una serie de requisitos que debe contener un acto para su creación. Cuando esto ocurre, dichos actos deberán contener cada una de esos requisitos, de lo contrario configurarse la causalidad de nulidad de expedición irregular. Así lo ha dicho el Consejo de Estado:

Consecuentemente, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma. (Consejo de Estado - 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832), 2009)

No obstante, resulta de gran relevancia advertir, que no cualquier ausencia de una forma podría dar lugar a la anulación de un acto administrativo el Consejo de Estado ha sido claro en afirmar que esto no se dará ante la presencia de cualquier defecto. Para poder configurarse la nulidad, el defecto debe ser de vital importancia. Esta corporación, con Ponencia del Profesor Carlos Betancur Jaramillo, precisó lo siguiente:

Se advierte, no obstante, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, al tratar el tema de la formalidad del acto administrativo y la nulidad proveniente de su desconocimiento, han sido del criterio de que no cualquier defecto, puede tener la virtualidad de invalidar una decisión de la Administración, puesto que "...no todas las formas tienen un mismo alcance o valor...", y ellas van desde las sustanciales hasta las meramente accesorias, siendo únicamente las primeras las que realmente inciden en la existencia del acto y su surgimiento a la vida jurídica y por lo tanto, la omisión de las mismas sí afecta su validez (Consejo de Estado - 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832), 2009)

Pero ante la duda de ¿cuáles podrían ser los requisitos importantes y cuáles no? El

Consejo de Estado citando en esta ocasión Georges Vedel, también lo aclara y dice:

“No todos los elementos del ‘procedimiento administrativo’ tienen el mismo valor. La vía administrativa se convertiría en imposible si la omisión de la menor formalidad entrañara la anulación del acto. Solo la omisión o el cumplimiento erróneo de los requisitos de forma sustanciales justifica la anulación del acto por vicio de forma. Pero ¿qué es lo que permite distinguir entre los requisitos de forma sustanciales y no sustanciales?

El criterio adoptado por la jurisprudencia tiene un doble aspecto: Se debe considerar en primer lugar como sustancial todo requisito formal que tenga por objeto garantizar los derechos de los administrados; de este modo, el respeto al derecho del agente amenazado con una sanción disciplinaria a que le sea comunicado su expediente (...) es siempre un requisito sustancial.

A continuación se debe considerar sustancial todo requisito formal cuyo cumplimiento hubiera podido cambiar el sentido de la decisión impugnada; así constituye un requisito sustancial, en materia de requerimiento civil, la tentativa previa de un acuerdo amistoso, pues si la Administración hubiera ensayado esta tentativa, el acuerdo podría haberse logrado y el requerimiento por vía ejecutiva no hubiera sido necesario.

Por el contrario, constituyen requisitos de forma no sustanciales los que no han sido promulgados con objeto de garantizar los derechos de los administrados o cuya intervención no hubiera modificado el sentido de la decisión impugnada”. (Consejo de Estado - 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832), 2009)

En conclusión, para verificar si efectivamente estamos ante esta causal de nulidad debemos realizar un análisis de los requisitos y confirmar si efectivamente se encuadran dentro de los presupuestos indicados por el Consejo de Estado.

En términos generales, éstas serían las causales de nulidad dentro del ordenamiento jurídico Colombiano que conllevan a que el Juez Contencioso Administrativo una vez probadas fehacientemente, logren desvirtuar la Presunción de Legalidad que asiste al Acto administrativo, pues de lo contrario, éste se mantiene incólume.

3. Conclusiones:

Luego del estudio realizado, es claro que la presunción de legalidad en el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con una aceptación armónica. Esto, teniendo en cuenta su consagración legal y la forma en que las altas cortes han dado trámite a la misma.

No obstante a lo anterior, se ha visto también que en algunos autores de doctrina, ya se habla sobre unos cuestionamientos a la presunción de legalidad cuando los actos administrativos presentan vicios que afectan su validez.

Se tiene entonces que si bien la Presunción de Legalidad es una Prerrogativa del Acto Administrativo, resulta propicio repensar *-al menos desde la Academia-* que cuando el Acto nazca a la vida jurídica viciado de Nulidad y ésta sea advertida por el destinatario del mismo, se suspendan de *ipso facto* los efectos de dicho Acto, obviando así la carga procesal que se impone al administrado de recurrir en demanda y demostrar el vicio de ilegalidad en que incurrió la Administración Pública, pues como quedó consignado en el desarrollo del presente trabajo, esta es una Presunción *iuris tantum* y por lo tanto admite prueba en contrario.

La aceptación desde la Legislación

De otro lado, debe tenerse en cuenta que este atributo del Acto administrativo, no siempre ha tenido consagración legal, pues fue el Decreto 01 de 1.984, anterior Código Contencioso Administrativo, el que en su artículo 66 hizo referencia expresa a esta institución jurídica, atributo que en parte también es entendible desde una perspectiva lógica jurídica al interior de la administración pública, dado que el Acto Administrativo, es el principal mecanismo del actuar de las autoridades públicas, sin que ello signifique que la Presunción de Legalidad sea absoluta, tal como quedó dicho en acápites anteriores.

Referencias Bibliográficas

- Berrocal Guerrero , L. E. (2009). *Manual del Acto Administrativo*. Bogota: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Cano Campos, T. (Octubre de 2020). La presunción de validez de los actos administrativos. *REALA*, 6-28. Recuperado el 14 de octubre de 2020, de <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10851/11786>
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1437. *Ley 1437*.
- Consejo de Estado, 11001-03-26-000-2008-00033-00(35313) (Consejo de Estado 2009 de Noviembre de 2009).
- Consejo de Estado, 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832) (Consejo de Estado 13 de Mayo de 2009). Recuperado el Noviembre de 2020, de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-26-000-2004-00020-00\(27832\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-26-000-2004-00020-00(27832).pdf)
- Consejo de Estado, 11001-03-27-000-2006-00032- 00 -16090 (Consejo de Estado 23 de Junio de 2011).
- Consejo de Estado, 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660) (Consejo de Estado 2012).
- Consejo de Estado, 66001-23-31- 000-1998-00645-01 (Consejo de Estado 7 de Junio de 2012). Recuperado el Noviembre de 2020, de <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/118/S1/P-66001-23-31-000-1998-00645-01.pdf>
- Consejo de Estado, 15001-23-33-000-2013-00715-01(ACU) (Consejo de Estado 13 de Marzo de 2014). Recuperado el Octubre de 2020, de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/144/AC/15001-23-33-000-2013-00715-01\(ACU\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/144/AC/15001-23-33-000-2013-00715-01(ACU).pdf)
- Consejo de Estado, 73001-23-31-000-2011-00512-01 (Consejo de Estado 21 de Junio de 2018). Recuperado el Noviembre de 2020, de <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/214/73001-23-31-000-2011-00512-01.pdf>
- Consejo de Estado, 11001-03-15-000-2020-02083-00 (Consejo de Estado 18 de Agosto de 2020). Recuperado el Noviembre de 2020
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corte Constitucional, Sentencia T-445 (Corte Constitucional 1994).
- Corte Constitucional, Sentencia C-456 (Corte Constitucional 1998).
- Corte Constitucional, Sentencia C1436 (Corte Constitucional 2000).
- Dromi, R. (1997). *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos.
- Durán Martínez , A. (2007). La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso. *Revista de Derecho*, 119-151. doi:<https://doi.org/10.22235/rd.v0i2.848>
- Esquivel Vásquez, G. A. (2017). Reflexiones Sobre la Presunción de Legalidad del Acto Administrativo en el Derecho Mexicano. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 233-243. doi:10.22201/fder.24488933e.2008.250.60940

- Fernández Arbeláez, I. M. (2015). *MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* (Vol. 1). (U. L. Investigaciones, Ed.) Armenia, Colombia: Editorial Universitaria. Recuperado el 15 de Octubre de 2020, de https://www.ugc.edu.co/sede/armenia/files/editorial/manual_derecho_procesal_T1_V1.pdf
- Fraga, G. (1979). *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa, S.A.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (1993). *Curso de Derecho Administrativo - Tomo II*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- Garrido Falla, F. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Giraldo Castaño, O. A. (1995). *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL* (Sexta ed.). Ediciones Abogados Librería.
- Gordillo, A. A. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 3, El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Lamprea, P. A. (2004). *Anulación de los Actos de la Administración Pública - Segunda Edición*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda.
- Nava Negrete, A. (1995). *Derecho Administrativo Mexicano*. México: México, Fondo de Cultura Económica.
- Palacio Hincapié, J. Á. (2006). *Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Penagos, G. (2011). *El Acto Administrativo, Tomo I*. Ediciones Librería Del Profesional.
- Real Academia Española. (2019). Recuperado el 16 de Octubre de 2020, de <https://dle.rae.es/presunci%C3%B3n>
- Sánchez Torres, C. A. (2004). *Acto Administrativo Teoría General*. Bogota: Legis.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2020). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II*. Universidad Externado de Colombia.