

**LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN COLOMBIA,
INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DESDE 1970 HASTA LA
ACTUALIDAD**

**PAULA ALEJANDRA SUÁREZ CUBILLOS
C.C. 1.074.928.545**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
2015**

LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN COLOMBIA, INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DESDE 1970 HASTA LA ACTUALIDAD

INTRODUCCIÓN

El acercamiento al fenómeno de la inexistencia de los actos administrativos ha sido tratado principalmente en las esferas doctrinales con relativamente amplio estudio, sin embargo, la jurisprudencia lo ha realizado en menor manera; en el caso colombiano, para saber si el análisis realizado por el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sido suficiente, adecuada y acertado o, por el contrario, aún es necesaria una nueva aproximación jurisprudencial que se ajuste más a la realidad jurídica del país.

El sistema normativo colombiano ha sido consonante, desde el decreto 01 de 1987 y aún hoy en día en la Ley 1437 de 2011, en otorgar a los actos administrativos la presunción de su legalidad; dicha presunción es el instrumento que asegura la eficacia y obligatoriedad a los actos administrativos bajo el supuesto de que todos los actos, al menos en principio, están conforme al ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, siempre ha existido, entre la doctrina y el legislador, la preocupación sobre cómo evitar que dicha característica (presunción de legalidad), que se constituyó como barrera contra la arbitrariedad, se convierta en un instrumento de ella, particularmente cuando un acto es abiertamente ilegal o peor aún inconstitucional.

Por ello dicha presunción es de las denominadas *iure tantum*, es decir, admite pruebas en contrario. Entonces, con el objetivo de ejercer control sobre la legalidad de dichos actos, el mismo sistema contiene medios de

control como las acciones de nulidad simple o la nulidad y restablecimiento del derecho contempladas en los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Es de anotar que todo lo dicho tiene una base fundamental, y es que el acto administrativo surgió a la vida jurídica. Por tanto será posible pensar en la inexistencia de los actos administrativos en el sistema nacional. La Doctrina y la Jurisprudencia han estudiado el fenómeno de la inexistencia de los actos administrativos con el propósito inicial de minar el concepto de los actos administrativos inexistentes y, en su lugar, discutir la inexistencia de los actos administrativos asunto que sí presenta relevancia jurídica. Para tal propósito es necesario realizar una distinción entre la inexistencia de los actos y su nulidad, discusión que no tiene asidero legislativo, pues ninguna legislación, en particular la colombiana no ha tratado dicho tema.

En la práctica judicial, el objeto de estudio no ha sido del todo tratado, pues en la mayoría de los casos, como sostiene el Doctor Riascos Gómez (2008) “se sanciona y califica como un grado o estadio de irregularidad insubsanable o nugatoria del acto, o más radical aún que la simple nulidad, según fuere el caso y circunstancias”. (Riascos, 2008, p. 11). No obstante lo anterior, este estudio pretende desentrañar la interpretación que del tema ha hecho y actualmente tiene el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Colombia.

La interpretación inicial del Consejo de Estado fue plasmada en el auto del 18 de febrero de 1970 y desde ese pronunciamiento iniciará este recorrido con el propósito de desentrañar cual es la postura del Tribunal máximo de lo Contencioso Administrativo y de tal suerte permitir al lector afirmar con conocimiento de causa si dicha postura es la más adecuada y si se ajusta a la realidad del país.

La importancia de este estudio radica en que, como fenómeno jurídico, la existencia de los actos ha sido estudiada en su mayoría desde el derecho privado, sin embargo, ello no conlleva que en el derecho público, en particular en el procedimiento administrativo no exista, por ello resulta relevante de limitar de manera precisa su ocurrencia, y distinción con otros fenómenos similares, desde la interpretación que le hace el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a partir de la década de 1970 y hasta la actualidad, pues si bien han existido dos estatutos de procedimiento administrativo y Contencioso Administrativo, las instituciones se han mantenido casi uniformes.

La inexistencia de los actos administrativos: acercamiento y definición

Desde la óptica del derecho privado, la definición más acertada de acto inexistente es la que ha expuesto el Doctor Francisco Ocampo (1918) que dice que es aquel “acto celebrado con la mira de producir efectos de derecho y que no los produce por la ley le niega hasta la apariencia de vida, en razón de la falta de algún elemento esencial para su formación” (Ocampo, 1918, p. 14). Esta definición sirve inicialmente para delimitar el concepto de inexistencia de los actos administrativos, sin embargo desde este punto es necesario hacer una distinción fundamental que radica en la inocuidad de pensar en el acto administrativo inexistente y fijar nuestra atención en la inexistencia de los actos administrativos como tal.

Podría parecer extraño para el lector que se niegue de entrada la utilidad del concepto de ‘acto inexistente’, cuando toda la labor propuesta tiene el propósito de estudiar la inexistencia como fenómeno jurídico en el ámbito del derecho público, sin embargo, existen diferencias marcadas entre el derecho privado y el público que modifican la óptica desde la cual la inexistencia debe ser estudiada.

La existencia del acto administrativo está íntimamente relacionada con la manifestación de la voluntad de la administración materializada en una decisión, es decir, desde el momento que es emitido por la autoridad administrativa verbigracia la presunción de legalidad lleva envuelta su facultad de producir efectos jurídicos. Por otro lado, el acto jurídico interviene una o varias voluntades con el objeto de producir efectos de derecho, tienen en común que es necesaria una voluntad para que se produzcan, sin embargo su distinción fundamental es la presunción que caracteriza a los actos de la administración.

El cumplimiento de los fines del Estado a través de sus distintos órganos, en especial los gubernamentales, justifica en principio que sus actos gocen de este atributo. Desde el Decreto 01 de 1985 hasta la actual Ley 1437 de 2011 existe esta presunción de las denominadas *jure tantum*, sin embargo en los actos del derecho privado el sistema no le atribuyó dicha característica. Esta diferencia resulta fundamental para aprender el concepto de inexistencia pues, en el derecho público a diferencia del privado, ya el acto con su mera expedición tiene la facultad de producir efectos jurídicos además se presume que está conforme a la Constitución y a las leyes, y se podrá exigir su cumplimiento desde que se ha publicado o notificado según sea el caso.

De acuerdo a las condiciones especiales del acto administrativo, su existencia está relacionada directamente con su validez tal como lo entiende la Corte Constitucional en la sentencia número C – 069 de 1995 con ponencia del Magistrado, Doctor Hernando Herrera Vergara que al respecto precisó:

“La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.”
(Corte Constitucional, 1995)

Quiere decir lo anterior que la inexistencia del acto ha sido entendida por la Corte Constitucional como un hecho que no alcanza a adquirir la fisonomía de 'acto' y por eso mismo no es susceptible de control jurisdiccional de anulación, pues no tiene la virtualidad de crear situaciones jurídicas abstractas o concretas. Sostiene el profesor Penagos (1985) que los actos administrativos existen desde el momento en que se profieren, pero sólo producen efectos después de su notificación, pero que existen casos en que si el acto adolece de ciertos vicios puede hablarse de su inexistencia, aunque a pesar de que llegasen a producir efectos jurídicos, estos pueden llegar a ser objetados ante la jurisdicción contencioso administrativa. (Penagos, 1985, p 152).

La conclusión presentada por el Doctor Romeo Pérez Ortiz (2013) que señaló:

“El Acto Administrativo existe cuando la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión, para ser eficaz, debe haberse aplicado a sus destinatarios. Surte efectos jurídicos y obliga al Estado y a los particulares cuando se publique en el Diario Oficial o en el periódico de amplia circulación correspondiente y con la reforma de la ley 1437 de 2.011, por medios virtuales” (Pérez Ortiz, 2013, p.29)

Así las cosas la idea de un acto administrativo inexistente se cae de su propio peso, pues por su naturaleza el acto siempre nace, entonces es un fenómeno que jurídicamente no existe; de tal manera que es necesario acudir a la jurisdicción a través de alguno de los medios de control dispuestos, con el propósito de desvirtuar la presunción de legalidad y que

sea decretada su nulidad. No obstante lo anterior, delimitando de manera más o menos precisa la existencia del acto administrativo, resulta prudente hacer los respectivos comentarios sobre la inexistencia de los actos administrativos en particular.

Sin entrar aún a estudiar las distintas posturas doctrinales sobre el tema, de entrada se puede entender esta situación como aquellos actos que carecen bien sea de sujeto, objeto y/o forma del acto administrativo. Del mismo modo, lo ha entendido el Consejo de Estado desde el pronunciamiento del 18 de febrero de 1960, que en relación con el llamado 'acto inexistente', se añadió a lo enunciado por el profesor argentino Manuel María Díez (1956) al señalar:

"Para que un acto sea considerado tal debe contener los elementos que hacen a la existencia o inexistencia del mismo. Tales son el sujeto, el objeto y la forma. La falta de cualquiera de estos elementos esenciales trae aparejada la ausencia del mismo acto. En estos supuestos el acto no ha nacido, precisamente por falta de los elementos esenciales. Distinta es la situación en el supuesto de que hubiera vicios, defectos de forma, etc. En estos casos el acto habría nacido aunque afectado por un vicio que podrá dar lugar a su invalidez. La nulidad es un concepto jurídico, resulta de un obstáculo legal, la inexistencia deriva de un impedimento que está en la naturaleza misma de las cosas. Puede existir un acto al que le falta el elemento constitutivo y en este caso es absolutamente ineficaz y se considera que en ningún momento tiene vigencia" (Consejo de Estado, 1960).

En síntesis y según el citado tratadista, "hay acto inexistente cuando el sujeto, objeto o voluntad no han sido condicionados en su creación por la legislación". (Diez, 1956, p. 311).

Nulidad e Inexistencia

André de Laubadere (1956), plantea la diferenciación de la nulidad y la inexistencia de los actos administrativos, por cuanto sostiene que los dos fenómenos jurídicos presentan rasgos diferenciadores que en cierto modo confirman su discrepancia, a la vez que sus posibles similitudes. Es de recibo la apreciación del profesor Laubadere, pues es correcto afirmar que la nulidad y la inexistencia sean fenómenos tan diferentes, por ello es necesario estudiar sus similitudes para poder determinar sus diferencias. (De Laubadere, 1956, p. 306).

Sobre el estudio de la nulidad existen dos teorías que encierran su estudio, una de ellas la teoría tripartita (Doctrina Italiana) que sostiene que aunque se puede hacer la distinción entre Nulidad e Inexistencia, la misma carece de utilidad, pues tienen los mismos efectos. El concepto de nulidad en su sentido más amplio es una situación que ocasiona la invalidez del acto del cual se predica o siendo más técnicos la sanción instituida en la ley, consistente en la ineficacia de los actos realizados con violación o apartamiento de las formas (*ad solemnitatem*) o requisitos (*ad sustanciam*) señalados para la validez de los mismo. (Machicado, 2012, blog en línea)

Sin embargo, dicha situación no procede de pleno derecho, resulta necesaria la manifestación del órgano judicial para declarar la nulidad e invalidar el acto tildado de nulo. En el sistema Contencioso Administrativo actual, con el propósito de defender la indemnidad del ordenamiento jurídico existen

medios de control que se encuentran contenidos en el artículo 135 y ss., del C.P.A.C.A., a saber: nulidad por inconstitucionalidad, nulidad simple y nulidad y restablecimiento. Lo anterior supone que la presunción de legalidad cobija tanto al acto susceptible de ser invalidado por nulidad o inexistencia, pues es fundamental la declaración judicial en uno u otro sentido. Siguiendo estos derroteros, no existe ninguna diferencia entre uno y otro, pues, como se dijo, surgen de la carencia de los requisitos legales en su formación; tienen el propósito de sacar del ordenamiento a actos que no son consonantes con el ordenamiento superior del que devienen y finalmente el juez administrativo es el llamado a declarar su existencia.

Resultaría difícil afirmar que las diferencias están establecidas en la misma ley, pues de manera expresa las normas no sugieren la inexistencia de un acto administrativo y así como sugiere De Laubadere (1965), la jurisprudencia ha utilizado otros términos diferentes a la inexistencia para sancionar y calificar las irregularidades graves de los actos administrativos muy diversos a los de simple nulidad. (De Laubadere, 1956, p. 306). No obstante, la ley se ocupa de manera preferente de la nulidad, pues en su seno existen distintos medios de control para declararla dependiendo del tipo de acto, causales en las que proceden, caducidad de las acciones, juez natural etc., y por otro lado no existe manifestación expresa del legislador sobre el fenómeno de la inexistencia, de tal suerte que nos encontramos de nuevo con la primera distinción.

La siguiente distinción debe ser de carácter conceptual, pues si bien legalmente el acto administrativo siempre nace a la vida jurídica, en la nulidad éste nace con un vicio que lo hace susceptible de ser anulado de acuerdo al sistema de causales, además, la inexistencia implica que la omisión o el requisito que no se acató fue de tal magnitud que ocasionaría

que el acto ni siquiera nazca, por tanto que no se pueda exigir para él su cumplimiento.

Sostiene Agustín Gordillo (2011) que de un acto, susceptible de ser declarado inexistente, surgen derechos subjetivos, este pretendido reconocimiento de derechos no le puede otorgar estabilidad y podría ser revocado incluso en sede administrativa. Asimismo afirma que, aunque en este caso la justicia sea rogada, si el juez se encuentra con que el defecto del acto es tal que ocasiona su inexistencia, este debería declararla de oficio. (Gordillo, 2011, p. 28).

Inexistencia según la Doctrina

La inexistencia de los actos administrativos no es de lo más rico en la jurisprudencia nacional, sin embargo, la doctrina se ha apersonado de tratarlos desde distintas perspectivas que van desde su distinción del fenómeno de la anulabilidad, hasta la inexistente necesidad de estudiarla en el ámbito Contencioso Administrativo.

Representando la primera postura el tratadista André De Laubadere (1956) quien sostiene que la nulidad y la inexistencia tienen rasgos que en cierto modo confirman su diferencia y a la vez sus similitudes. (De Laubadere, 1956, p 306). Así mismo, la jurisprudencia ha utilizado otros términos diferentes a la inexistencia para sancionar y calificar las irregularidades graves de los actos administrativos muy diversos a los de simple nulidad.

Por otro lado, el profesor Jaime Vidal Perdomo definió la inexistencia del acto así:

"Se entiende por acto inexistente el que carece de los elementos sustanciales de fondo, como si el ministro de Defensa dicta una providencia sobre asuntos mineros, o cuando el acto no lo suscribe la autoridad que deba hacerlo, y le da dos consecuencias: los actos inexistentes no obligan, no se puede pedir su anulación porque sólo se anula lo que ha adquirido existencia, aunque la acción judicial puede enderezarse a que el juez declare que por razón de la inexistencia no hay lugar a la anulación." (Vidal Perdomo, 1994, p. 307 y ss.)

Queriendo decir lo anterior que, para el mencionado, la esencia del Derecho Administrativo en Colombia no se inclina hacia la teoría de la inexistencia, a pesar de que estudios y análisis previos se hayan orientado hacia dicha teoría. De hecho, según el autor, la inexistencia se configura cuando "la decisión es proferida sin ningún tipo de competencia, y no se le puede reconocer presunción de legalidad, ni tampoco podrá ser eficaz o tener fuerza ejecutoria" (Vidal Perdomo, 1994, p. 307 y ss.). En otros casos, señala que "el acto existe y puede ser eficaz, pero adolece de un vicio en su formación" (Vidal Perdomo, 1994, p. 307 y ss.) teniendo en cuenta los parámetros legales y por ende, es susceptible de ser demandado ante la respectiva jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de que sea decretada su nulidad.

Para el autor Manuel María Díez, citado por el Doctor Gustavo Penagos en su publicación del año 1987 en concordancia con la teoría francesa sobre la inexistencia del acto administrativo, éste sostiene que

"en sentido literal, acto inexistente es aquel que no ha nacido, vale decir que está presente como si hubiera existido, pero que no existió en realidad. En este supuesto se concibe que se trata de algo más que de la ilegalidad de un acto, y que la sanción puede ser más radical que la de la simple nulidad."

Para tales actos que consisten en "actividades groseras o máxima irregularidad de la administración" la herramienta principal a utilizar es impetrar el '*recurs de excés de pouvoir*' equivalente a la acción de nulidad en nuestro ordenamiento. (Penagos, 1987, p 221). Frente a tales estos casos el Consejo de Estado también se refiere al acto inexistente como pretendido o supuesto y que las consecuencias para tal inexistencia se reconocen como radicales, pues por un lado, con la declaratoria inexistencia deviene en una irregularidad que puede generar confusión, pues una vez se decreta su nulidad ¿puede seguirse hablando de acto inexistente?, es decir que ¿en algún momento la nulidad se convirtió en existencia? además hay que tener en cuenta que la acción de simple nulidad estipulada para atacarle es imprescriptible en donde también la misma Corte ha utilizado términos contradictorios que alimentan tal confusión y contradicción (ejemplo: acto nulo y de efecto nulo, acto enteramente inoperante). Tal teoría estudió el acto administrativo desde su nacimiento, en casos como por ejemplo en los que el acto se originó en autoridad que carece de competencia, el desarrollo junto con sus efectos jurídicos, así como los instrumentos existentes para su eliminación del mundo jurídico de algo que 'no nació', 'no ha nacido' o que a pesar de que nació, no existe en ese mundo jurídico.

Libardo Orlando Riascos Gómez en 2008 sostuvo que:

“la legislación colombiana, no reguló el tema de la inexistencia (de actos, negocios o contratos), y en tal virtud, jurisprudencial como doctrinalmente nuestros Tribunales Especializados como Comunes si han tenido oportunidad de abordar el tema ya desde la óptica de la existencia, eficacia y validez de los actos, desde la diferenciación entre la nulidad y la inexistencia de los actos, tal como lo ha hecho el Consejo de Estado y Tribunales Administrativos; o bien desde la negación rotunda del fenómeno de la inexistencia y lo poco práctico que resulta hablar de ello, si el ordenamiento jurídico vigente en ningún texto ha reflejado dicho fenómeno, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en varios pronunciamientos, sobre los llamados “contratos inexistentes” o “inexistencia de contratos”. En uno y otro casos, este fenómeno de inexistencia no puede hacer parte del ordenamiento jurídico vigente, aun cuando tengan tratamientos de solución jurisprudencial diferentes.” (Riascos Gómez, 2008, p 14).

Concluyendo con ello se trata entonces de un fenómeno que debe ser discutido en la doctrina y jurisprudencia pero que no corresponde a la ley, dado que ninguna legislación, incluyendo la colombiana, se ha pronunciado puntualmente sobre el asunto y que es solo mediante la vía judicial que se logra tener claridad y un camino a seguir sobre el asunto para cada caso en particular pues sólo hasta que algún ciudadano se ve afectado por una determinada norma y acude a los estrados judiciales es que se ha avanzado sobre el tema y en su mayoría los ciudadanos que inician acciones judiciales en contra de este tipo de actos administrativos lo hacen es buscando la

defensa de un interés propio y por ello estas acciones no deberían tener término de prescripción toda vez que la ley no se ha pronunciado precisamente sobre acciones frente a tales actos. (Santofimio Gamboa, 2008, p. 143 y ss).

La inexistencia en el sistema legal colombiano

Como puede suponerlo a este punto el lector, el sistema Colombiano, al menos en lo respecta en el ámbito Contencioso Administrativo, carece de enunciación normativa sobre la inexistencia de actos administrativos, pues como se dijo en su momento, prefiere a la figura de la nulidad, concibiendo de tal forma que el acto administrativo siempre nace a la vida jurídica. Se puede colegir entonces que en el sistema normativo colombiano, como lo sostiene el Doctor Vidal Perdomo (1994) la esencia del Derecho Administrativo en Colombia no se inclina hacia la teoría de la inexistencia, sin embargo ello no implica que niegue su ocurrencia de entrada. (Vidal Perdomo, 1994, p. 307 y ss).

Desde las leyes que regulaban el objeto de la Jurisdicción (Ley 4 de 1913 y Ley 130 de 1913) y la respectiva evolución normativa pasando por la Ley 167 de 1941, luego el Decreto-ley 01 de 1984 y finalmente la Ley 1437 de 2011, ninguna de ellas se manifestó expresa o tácitamente sobre la inexistencia o referenció de manera alguna los actos inexistentes.

Sin embargo desde el Decreto 01 de 1984, se puede juzgar la legalidad de cualquier acto que tenga la denominación de acto administrativo incluyendo aquel que sufriera de vicios esenciales en su constitución (objeto, sujeto o forma). De hecho, posterior a su reforma, el Decreto 2304 de 1989 contiene ese mismo espíritu. Tan es así que las causales de nulidad desde ese cuerpo normativo hasta el actual C.P.A.C.A., están dirigidas a la existencia

de sus elementos esenciales de tal manera que cuando hayan sido expedidos por funcionario u organismo incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y/o defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. Así mismo que la acción de nulidad del acto administrativo se extendería a aquellos actos no catalogados de administrativos, pero que por su contenido y efectos fácticos y jurídicos se reputaban de tales, como por ejemplo las circulares de servicio y los actos de certificación y registro. (Riascos Gómez, 2008, p. 15)

El Consejo de Estado frente a la Inexistencia

El Consejo de Estado ha expresado en reiteradas oportunidades su criterio en cuanto a que el acto administrativo existe desde que se expide y su eficacia está condicionada a su publicación o notificación. A juicio de la Corte Constitucional es aceptable el criterio, según el cual los actos administrativos existen desde el momento en que se profieren y su validez y eficacia están condicionadas a la publicación o notificación según se trate de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, o de un acto de carácter particular, personal y concreto. (Consejo de Estado, 1995)

Existe una tendencia marcada en la jurisprudencia contenciosa administrativa, al respecto de negar radicalmente la posibilidad de un 'acto inexistente', desde la década del sesenta existe tal como se desprende del siguiente extracto de la sentencia del 06 de junio de 1978, basada en la sentencia del 25 de septiembre de 1961, con ponencia del Magistrado Humberto Mora Osejo:

"La noción de acto inexistente conlleva (sic) la idea de una agresión tan grosera y brutal al orden jurídico que desborda todos los límites de

la legalidad. Toca la esencia misma de la organización y del sistema administrativo, y generalmente es la resultante de una usurpación de poderes y atribuciones o de la omisión de formas sustanciales en la expedición del ordenamiento. Más que la violación del derecho, esos actos implican la negación de todo derecho. Carecen de toda fuerza jurídica. Son simplemente inexistentes. Como ejemplos típicos, se citan ordinariamente los proferidos, con pretensiones de providencias administrativas, por personas particulares o por agrupaciones que no tienen el carácter de corporaciones públicas” (Consejo de Estado, 1978)

El Consejo de Estado, particularmente en el Auto de 18 de febrero de 1970, abordó el fenómeno de la inexistencia de los actos administrativos desde la óptica y planteamiento de la existencia, eficacia y validez de los actos administrativos al resolver un recurso de apelación contra la negativa de suspensión provisional contra el Acuerdo 14 de 1949 del Concejo Municipal de Itagüí y el Acuerdo 45 de 1956 del Consejo Administrativo del mismo municipio. Tal como lo sostiene el Doctor Libardo Orlando Riascos Gómez (2008), dicho tribunal de cierre inicia un estudio admitiendo que el concepto de inexistencia es confuso y que solo ha llegado a discutirse porque ha sido la jurisprudencia mundial la que le ha puesto en evidencia al estudiar los elementos de la existencia o inexistencia del acto administrativo. (Riascos Gómez, 2008, p. 13)

Sostuvo la Honorable Corporación que los elementos indispensables para la existencia del acto son: el sujeto, el objeto y la forma, de manera tal que la carencia de alguno de ellos conllevaría a la ausencia del acto, lo cual dista del acto que presenta de vicios de forma o fondo, pues en tal evento el acto

habría nacido pese a estar afectado por un vicio. Sugiere como ejemplo de actos inexistentes los realizados por el usurpador y en general, todos aquellos en los cuales falta uno de los elementos inherentes del acto, es decir, sujeto, objeto o forma. (Consejo de Estado, 1970).

Esta posición se vio reflejada de igual manera en el auto del 6 de junio de 1978 al resolver un recurso de súplica contra la sentencia por la Sección Segunda el 4 de febrero de 1977, mediante la cual declaró la nulidad de una resolución expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dicha sección declaró nula una resolución mediante la cual sobre la base de considerar que el '*Proyecto de Resolución número 01148 del 10 de abril de 1974*', (así evaluado y denominado por la mencionada), se trata de un acto administrativo por lo tanto, se presentó un recurso de súplica contra aquella de manera que la sala plena consideró luego de un minucioso estudio sobre los pronunciamientos previos de la corporación acerca del acto inexistente y la inexistencia, la sala decidió anular la sentencia teniendo en cuenta que el proyecto de resolución carecía de los requisitos necesarios para determinarse como acto administrativo, específicamente por no haber sido sancionado, situación que permite concluir que obró mal la sección al declarar nulo un acto que ni siquiera existió, pues ello significaría reconocerle efectos jurídicos a una actuación que no los generó.

En sentencia de junio 30 de 1978, consideró que si detectaba en la admisión de la demanda que se trataba de un acto denominado inexistente, debía pronunciarse de entrada sobre la declaratoria de inhibición para conocer o incompetencia para ello, por tratarse de la acusación de un acto inexistente pero al haber omitido este pronunciamiento el juzgador Contencioso Administrativo, a pesar de haber podido hacerlo, no lo hizo y admitió una demanda contra aquel acto el Consejo debía entonces pronunciarse de fondo y elaborar un detallado análisis. En salvamento de voto a la anterior

sentencia, se explicó y aclaró que se trata dos categorías diferentes, a saber, la inexistencia del acto y el acto inexistente, y que como tal, en nuestra legislación y jurisprudencia colombianas no se hace la distinción y sólo se reconoce la inexistencia del acto, pues el acto inexistente no cabe dentro de las nociones generales del derecho que sirven de base para nuestra legislación, teniendo en cuenta el régimen de nulidad al que están sometidos todos los actos de la administración, lo que sí es posible en el marco de nuestro régimen es la inexistencia del acto como un hecho que no alcanza a adquirir la fisonomía de 'acto' y por eso mismo no es susceptible de control jurisdiccional de anulación, pues no tiene la virtualidad de crear situaciones jurídicas abstractas o concretas. Por otra parte y en diferente salvamento de voto, el Consejero Bernardo Ortiz Amaya contradice la teoría anterior, toda vez que consideró importante reiterar que en el régimen legal colombiano no hay cabida al término 'acto inexistente' y que, en cambio, sólo lo hay para la 'inexistencia del acto' entendido como un hecho que no alcanza a adquirir la fisonomía de acto y por eso no es susceptible de control jurisdiccional, reiterando que no tiene la capacidad de crear situaciones jurídicas, pero que a pesar de ello podría ser causal de perjuicios y por ende dar lugar a ser indemnizados. (Consejo de Estado, 1978)

Tal como ha afirmado Riascos Gómez (2008) que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido reiterada en afirmar que la inexistencia del acto no es objeto de control jurisdiccional, puesto que en su momento el artículo 83 del Decreto 01 de 1984, faculta a la jurisdicción a juzgar los actos administrativos, es decir, que se entiende que estos actos se reputan como tales y no como inexistentes, pues con ello se entendería la incompetencia de la justicia administrativa. Y valida su posición en lo descrito en el Auto de noviembre 15 de 1984 donde la Sala de lo Contencioso Administrativo sostuvo: "(...) es sabido que estos no pueden ser convalidados ni necesitan ser invalidados (...) No resulta necesario un acto posterior que lo prive de

validez, ni es posible que actos posteriores lo confirmen y homologuen, dándole eficacia”. (Consejo de Estado, 1984). Afirmando con ello la posición que la doctrina para la época había sentado mediante la cual sostiene que los actos emanados de la administración que carecen de alguno de los elementos para su validez no deben ser confirmados o convalidados mediante otro acto o pronunciación posterior de la administración, entonces, así las cosas el acto administrativo puede ser inexistente, y se distingue del acto viciado de nulidad, que aunque tiene plena existencia jurídica, solamente desaparece mediante la declaración de nulidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. De manera tal que cuando falta un requisito sustancial o un elemento que forma parte de la esencia del acto, necesariamente este no puede existir, en cambio, si sólo se trata de una violación o prohibición de la ley, el acto nace pero está viciado de nulidad, un claro ejemplo ocurre cuando es imposible el nacimiento a la vida jurídica del acto que profiere quien no es funcionario, o no está autorizado por la ley para ejercer función administrativa. (Morales Molina, 1978, p. 394).

Esta postura está calcada en fallos posteriores como por ejemplo en sentencia del 3 de diciembre de 2007 con ponencia de la Doctora Ruth Stella Correa Palacio así:

“(…) con la implantación en el derecho positivo de la *nulidad de pleno derecho* respecto de actos administrativos. Así se suele afirmar que si un acto administrativo es nulo es inexistente, carece de este modo de efectos jurídicos, es una mera *‘apariencia de derecho’* y por ello no requeriría ser anulado por los jueces, mientras que el acto administrativo anulable es inicialmente válido y, por ende, tiene que ser observado hasta que medie una decisión sobre su legalidad.

Ahora, la *nulidad absoluta o de pleno derecho* es usualmente asimilada -en la teoría general del Derecho- con la eficacia intrínseca del acto o negocio jurídico del que se predica, y con esa perspectiva se entiende que el mismo carece *ab initio* de efectos jurídicos sin que sea menester su impugnación en sede judicial. En otras palabras, cuando se presenta este fenómeno es tal su gravedad que se entiende que opera *ipso iure*, y no es necesario recurrir -en principio- ante el juez para que él se pronuncie, sin perjuicio de que este último a instancia de cualquier persona o *ex officio* la declare en cualquier tiempo.” (Consejo de Estado, 2007)

La distinción entre acto inexistente e inexistencia del acto administrativo ha sido fundamental para que la corporación conozca de manera diáfana sobre actos de a los cuales puede aplicar su control de legalidad, dicho ejercicio se ve reflejado en muchas de las sentencias proferidas a lo largo de la década del noventa hasta la actualidad. Ejemplo de ello se denota en la siguiente referencia, extraída de la sentencia de fecha 31 de marzo de 2011 en un proceso por acción de nulidad incoada contra un concepto emitido por el Secretario General del Banco de la República, con la ponencia de la Consejera María Claudia Rojas Lasso así:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que cuando dichos documentos expresan una manifestación unilateral de voluntad de la administración con la aptitud de producir efectos jurídicos se está en presencia de un acto administrativo y que, en caso contrario, se

debe reconocer la inexistencia del acto y, en consecuencia, la ausencia de un objeto sobre cual pueda recaer pronunciamiento judicial alguno de legalidad” (Consejo de Estado, 2011)

¿Es necesario el concepto de inexistencia de los actos administrativos?

Este estudio inició con el propósito de conocer la postura del Consejo de Estado acerca de nociones como los actos inexistentes y la inexistencia del acto, pero una vez comprendida dicha posición es necesario realizar un análisis a la utilidad o no de dicha institución. Es concluyente y para el lector no debe quedar duda alguna sobre si en el ámbito del derecho público es posible, si quiera pensar, en actos inexistentes pues su construcción significaría desconocer el principio de identidad de lo que se debe entender como acto administrativo.

Por otro lado, la inexistencia del acto es una herramienta que permite al juzgador Contencioso Administrativo comprender sobre cuáles actuaciones puede recaer su control jurisdiccional y no desbordar sus facultades al reconocer efectos a hechos que no los crean, delimitando de manera más o menos diáfana su ámbito de control.

Conocer esta institución permite al operador jurídico y al interesado en acudir a la jurisdicción en pro de sus derechos y determinar el medio de control a ejercer para mantener la indemnidad del ordenamiento y, si es del caso, obtener la respectiva reparación o indemnización por los perjuicios causados.

CONCLUSIONES

Los resultados de este estudio pueden ser resumidos en los siguientes puntos:

1. Desde que el acto administrativo sea expedido con sus elementos esenciales como lo son sujeto (autoridad administrativa en ejercicio de funciones), objeto (manifestación de la voluntad de la administración) y la forma (procedimiento de formación y calidad del acto administrativo), nace a la vida jurídica y produce efectos jurídicos creando modificando o extinguiendo situaciones jurídicas abstractas o concretas.
2. La idea de acto administrativo inexistente esta, de suyo, aniquilada pues gracias a la presunción de legalidad derivada de la concurrencia de los elementos esenciales del acto, el acto siempre nace y tiene efectos jurídicos tal como se describió en su oportunidad.
3. La inexistencia del acto administrativo permite al juzgador calificar de manera certera si un hecho al que se le pretende hacer control jurisdiccional tiene la calidad de acto administrativo y de tal suerte realizar su respectivo juicio de legalidad o por el contrario abstenerse de hacerlo.
4. Difieren entonces la nulidad de acto administrativo y la inexistencia del acto administrativo pues, es distinto que el acto aparezca en la realidad jurídica, pero que lo haya hecho con vicios en su formación que en mayor o menor grado causen su pérdida de validez y otra situación es que se trate solamente de una apariencia de acto administrativo a la que el ciudadano o la autoridad le atribuya efectos jurídicos y que ello no lo convierte en acto administrativo por tanto la jurisdicción mal haría en reconocer dichos efectos declarando su nulidad.

5. Conocer estos conceptos y posturas permite que quien pretenda acudir a la jurisdicción conozca de manera previa y exacta cuando está en presencia de un acto administrativo que puede ser objeto de control jurisdiccional por parte de la Jurisdicción Contenciosa y sepa a través de qué medio de control lo debe hacer evitando de esta forma sentencias inhibitorias y la caída de sus pretensiones, lo cual quiere decir ello que la posición adoptada por el Consejo de Estado para el estudio de este tipo de situaciones ha sido, a juicio de la suscrita, acertada y adecuada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Colombia, Congreso Nacional de la República (2011, 18 de enero), “Ley 1437 del 18 de enero de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, en Diario Oficial, núm. 47.956, 18 de enero de 2011, Bogotá D.C.
- Colombia, Presidencia de la República (1984, 02 de enero), “Decreto del 20 de enero de 1984, Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”, en Diario Oficial, núm. 36439, 10 de enero de 1984, Bogotá D.C.
- Colombia, Consejo de Estado (1978, junio), “Radicación número: 208948 773-CE-SP-1978-06-06”, C. P. Mora Osejo, H. Bogotá D.C.
- Colombia, Consejo de Estado (1984, noviembre), “Radicación número: 2106521134-CE-SEC3-1984-11-15”, H. Bogotá D.C.
- Colombia, Consejo de Estado (2007, diciembre), “Radicación número: 202667266001-23-31-000-1997-03727-0116352”, C. P. Correa Palacio, R. Bogotá D.C.
- Colombia, Consejo de Estado (2011, marzo), “Radicación número: 2005776 11001-03-27-000-2003-00071-01”, C. P. Rojas Lasso, M.C. Bogotá D.C.
- Colombia, Corte Constitucional (1995, febrero), “Sentencia C –069-95”

- Colombia, Corte Constitucional (2000, octubre), “Sentencia C –1436-00”
- Colombia, Corte Constitucional (1997, abril), “Sentencia C –199-97”
- Santofimio, J. O. (1994) *El Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia y Validez*. Bogotá D.C. Ed. Universidad Externado de Colombia (2ª Edición).
- De Laubadere A. (1956). *El Acto Administrativo*. Buenos Aires. Editorial TEA.
- Vidal Perdomo, J. (1994) *Derecho Administrativo*. Editorial Temis. Bogotá D.C.
- Penagos, G. (1987) *El Acto Administrativo*. Bogotá D.C. Editorial El Profesional. 4ª Edición.
- Vidal, G. (1955 a 1956) *Droit Administratif Cours Polycopie*. París. Universidad de París.
- Morales, H. (1978) *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Bogotá D.C. 7ª Edición.
- Ocampo, F.J. (1918) *Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos*. Tesis de grado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C. Tipografía Minerva.
- Pérez Ortiz. R.E. (2013) *Eficacia y Validez del Acto Administrativo*. Tesis magistral. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C.

- Riascos Gómez, L.O. (2008) *Teoría General del Acto Administrativo: El perfeccionamiento, la existencia, la validez y la eficacia del acto desde la perspectiva de la nulidad, la revocatoria y la suspensión de los efectos jurídicos*. Ensayo Jurídico de Derecho Administrativo From. http://coes.udenar.edu.co/pluginfile.php/29897/mod_resource/content/2/Nulidad%20Dos.pdf (Fecha de consulta 20 de octubre de 2015)
- Machicado, J. (Febrero de 2012) *Apuntes Jurídicos*. [Mensaje de Blog]. Recuperado de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/02/tn.html> (Fecha de consulta 9 de diciembre de 2015)
- Gordillo, A. (2011) *Tratado de derecho administrativo y obras selectas Tomo 3 El acto administrativo*. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo. (10ª Edición) From http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo11.pdf (Fecha de consulta 29 de noviembre de 2015)