

# El control de la legalidad de los actos administrativos en Colombia\*

---

Carlos Mario Molina Betancur\*\*

## RESUMEN

En Colombia, el respeto por el principio de legalidad se impone sobre el gobierno que debe basar sus decisiones sobre una norma judicial superior. El acto legislativo es ilegal cuando no tiene respeto por la jerarquía positiva contrario a la ley positiva. Por eso, la adhesión constante a la ley de la actividad administrativa es una garantía de estabilidad y seguridad judicial para los ciudadanos. No podría existir alguna otra manera de evitar la excesiva arbitrariedad del poder y el orden judicial inestable.

El acto administrativo ilegal es aún más interesante cuando se ha emitido bajo las excepcionales circunstancias de urgencia. El acto es ilegal pero los resultados son positivos o necesarios. La pregunta principal es: ¿es posible en la Ley Colombiana suspender el acto administrativo para proteger el sistema judicial?

En la primera parte de este trabajo, analizaré o discutiré quiénes son los encargados de la legalidad administrativa en Colombia; en la segunda, observaré las condiciones de regularidad de dicho acto administrativo.

## ABSTRACT

In Colombia, respect for legality principle imposes itself over government, which must base its decisions on a superior judicial norm. Administrative Act is illegal when it has no respect for positive hierarchy contrary to positive law. Hence, the constant adherence of Administrative activity to law is a guarantee of judicial stability and security for the citizens. There could be no other way to avoid arbitrary exercise of power and unstable judicial order.

Illegal administrative act is even more interesting when it has been issued under exceptional circumstances or urgency. Act is illegal but results are positive or necessary. The main question is: ^Is it possible in Colombian law to suspend administrative act to protect judicial system?

In the first part of this paper, I will analyze or discuss who are the people in charge of administrative legality in Colombia; in the second part, I will look at the regularity conditions of said administrative act.

---

\* Artículo publicado en Francia en la Revista Internacional de Derecho comparado, # 3 de 1999, a propósito del Bicentenario del Consejo de Estado Francés.

\*\* Abogado. Magíster en Derecho Público Europeo. Doctor en Derecho Público Interno. Miembro de L'ACASTC (Asociación de investigadores colombianos en Francia). Docente Universidad de Medellín.

## INTRODUCCIÓN

En Colombia, el respeto del principio de legalidad se impone a la Administración quien debe fundar sus decisiones en una norma jurídica superior<sup>1</sup>. El acto administrativo es ilegal cuando no respeta la jerarquía positiva<sup>2</sup>, es contrario al Derecho<sup>3</sup>. Por ello la sumisión constante de la actividad de la Administración al Derecho es una garantía de estabilidad jurídica<sup>4</sup> y de seguridad para los administrados<sup>5</sup>. No podría ser de otra manera puesto que la actividad de la Administración en el irrespeto de las normas conduce al ejercicio arbitrario del poder y a la inestabilidad del ordenamiento jurídico.

En nuestro sistema, el respeto de la legalidad se fundamenta en una presunción<sup>6</sup>, según la cual los actos administrativos son considerados como legalmente editados hasta que no se decida otra cosa por el juez competente<sup>7</sup>. El acto administrativo es ilegal desde el momento en que lo declare una jurisdicción<sup>8</sup>. ¿Quiere decir esto que los actos administrativos son correctamente editados por el solo hecho de no existir una declaración judicial de ilegalidad? ¿Los funcionarios están obligados a aplicar estos actos, así estén convencidos de que son ilegales? ¿La protección de la legalidad en Colombia es confiada al “poder jurisdiccional”<sup>9</sup> o, por el contrario, es la Administración, con su poder de corregir sus propias faltas, la que puede convertirse en guardián de la legalidad? ¿Es posible en Colombia que la Administración declare que un acto administrativo es ilegal?

Para responder a estas inquietudes será necesario tener en cuenta: primero, que el artículo 4 de la Constitución de 1991 da una guía jurídica cuando dispone que en caso de contradicción entre la Constitución y las demás normas se aplicará, de preferencia, la Carta Magna. Esta disposición se combina con el artículo 12 de la ley 153 de 1887 que dispone que los actos administrativos son aplicables inmediatamente, si no son contrarios a la Constitución y a las leyes. En segundo lugar, el artículo 69 del Código Administrativo Colombiano dispone que la Administración puede revisar sus propios actos, retirarlos o subrogarlos. El mismo Código reclama este procedimiento. Por último, hay que tener en cuenta que existen muchas dudas al respecto, especialmente cuando la Administración hace aplicación de la excepción de ilegalidad. La doctrina está dividida en este punto<sup>10</sup>.

El acto administrativo ilegal suscita más interés cuando ha sido tomado en circunstancias excepcionales o en urgencia. ¿Hay lugar a la declaración de ilegalidad? ¿Existen excepciones? O bien, si el acto administrativo ilegal crea derechos individuales ¿es posible en derecho colombiano retirar el acto administrativo para proteger el sistema jurídico?

La ilegalidad del acto administrativo puede ser declarada por la jurisdicción administrativa desde 1914<sup>11</sup>. La evolución del derecho administrativo colombiano permite la anulación del acto administrativo a través de diferentes acciones. Es, sin embargo, paradójico el hecho de que ninguna norma jurídica consagre expresamente el principio de legalidad en nuestro sistema. Por esta razón es necesario partir en busca del acto ilegal para comprender mejor el problema de la legalidad en Colombia.

Para alcanzar este fin más fácilmente, estudiaremos, en una primera parte, quiénes son los guardianes de la legalidad administrativa en Colombia) para poder analizar, en una segunda parte, las condiciones de regularidad del acto administrativo.

## 1. LOS GUARDIANES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo ilegal necesita de una declaración jurisdiccional para poder ser considerado como tal<sup>12</sup>. Para ello, el legislador colombiano ha previsto varios mecanismos de control para proteger la legalidad. Al lado de éstos, existe otro mecanismo de control que se constituye en objeto de una profunda discusión doctrinal en Colombia.

### 1.1. Mecanismos de control de la regularidad de los actos administrativos en Colombia

Los actos administrativos ilegales son declarados, como tales, en la mayoría de los casos, por la jurisdicción contencioso administrativa<sup>13</sup>. Existen, en derecho colombiano, controles bien establecidos por la ley con el fin de evitar el desplome del ordenamiento jurídico. Estos controles permiten impedir la producción y el mantenimiento de un acto ilegal. Si el acto ha sido producido, el control está dirigido a impedir sus efectos jurídicos. Una vez los efectos jurídicos producidos, el control persigue impedir que continúen. En fin, el control está destinado, también, a indemnizar los daños que pueda producir el acto ilegal. Los controles son administrativos y jurisdiccionales.

#### 1.1.1. Los controles administrativos

Los controles de la regularidad de los actos administrativos pueden ser efectuados por los administrados y por la Administración.

- Los controles administrativos de la regularidad de los actos administrativos a iniciativa de los administrados

Los controles ejercidos ante la Administración a la iniciativa de los administrados son conocidos bajo el nombre de vía gubernativa. Esta es una acción que permite a toda persona interesada contestar los actos administrativos que considera ilegales. La ley permite al interesado señalar, ante la Administración, las razones de su desacuerdo<sup>14</sup>; también permite que la Administración corrija, ella misma, sus propias faltas<sup>15</sup>. Existen recursos administrativos contra los actos individuales<sup>16</sup>. Aquéllos no proceden ni contra los actos generales ni contra los actos preparatorios<sup>17</sup> ni contra los actos de libre nombramiento y remoción de funcionarios<sup>18</sup>. Tampoco proceden cuando la Administración no lo permite. Esos recursos no conllevan reclamos de indemnizaciones<sup>19</sup>. Los recursos administrativos son triples: la reposición, la apelación y la queja<sup>20</sup>. Estos son obligatorios antes de proceder a las acciones jurisdiccionales<sup>21</sup>.

En primer lugar, el recurso de reposición se efectúa ante el mismo funcionario que produjo el acto, con la finalidad de modificar, clarificar o subrogar el acto considerado ilegal. En segundo lugar, el recurso de apelación se efectúa ante el superior inmediato del funcionario que produjo el acto, esto con la misma finalidad de procedimiento. No es posible hacer apelación contra los actos individuales de los ministros, de los jefes de departamentos o de los representantes de las colectividades locales. En último lugar, el recurso de queja se efectúa ante el superior jerárquico para que él lo remita ante el funcionario responsable<sup>22</sup>. El término de los recursos es de cinco días después de la notificación. Un término entre diez y treinta días está destinado a las pruebas. Una vez pasado el término de dos meses sin respuesta del funcionario, un silencio negativo será tomado en cuenta como una decisión implícita de negación o acto presunto negativo<sup>23</sup>. En ciertos casos, la decisión implícita es considerada como decisión implícita de aceptación.

- Los controles administrativos de la regularidad de los actos administrativos a la iniciativa de la Administración

La otra forma de controlar los actos administrativos en su regularidad es la revocatoria directa. La legislación y la jurisprudencia en Colombia hacen distinción entre subrogación<sup>24</sup> y retiro<sup>25</sup>. La Administración procede más frecuentemente a la subrogación de sus actos que al retiro. De esta manera, la Administración tiene la facultad de retirar los actos que ella considere inútiles o ilegales. La sustitución de los actos administrativos se efectúa sin término legal determinado por consideraciones de ilegalidad o de oportunidad. Por estas mismas consideraciones se procede a la subrogación de los actos administrativos, frecuentemente efectuada en la misma disposición de sustitución. Ello se efectúa directamente por el funcionario que produjo el acto o por su superior jerárquico<sup>26</sup>. El momento para proceder a la modificación de ordenamiento jurídico varía según se trate de sustitución o de subrogación. En teoría, los efectos jurídicos de una modificación son ulteriores, protegiendo el acto de los efectos jurídicos que haya podido producir. Los actos de carácter general pueden ser abrogados en todo momento por otro acto del mismo tipo, puesto que, en principio, no existen derechos adquiridos en materia reglamentaria. Por el contrario, los actos individuales pueden ser reemplazados en todo momento, salvo si han creado derechos individuales<sup>27</sup>. En caso de derechos adquiridos, éstos pueden ser reemplazados completamente, si ellos son el producto de un silencio positivo<sup>28</sup> dándose las causales del artículo 69 del Código, es decir, si han sido adquiridos por medios ilegales<sup>29</sup>, si contrarían el ordenamiento jurídico o si causan agravio particular. Si no existieren estos requisitos, los actos administrativos individuales de carácter particular pueden ser revocados completamente en todo momento, bajo consentimiento expreso del interesado<sup>30</sup>, y parcialmente para corregir errores materiales que no incidan en el fondo de la decisión<sup>31</sup>.

### 1.1.2. Los controles jurisdiccionales

Los controles jurisdiccionales pueden ser ejercidos también por la Administración o por los administrados.

- Los controles jurisdiccionales a la iniciativa de los administrados

Los controles por vía de acción son múltiples: la acción de nulidad, la acción de inconstitucionalidad, la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho, y la acción de reparación directa. Éstos son siempre interpuestos por el interesado ante el juez correspondiente, previo agotamiento de la vía gubernativa<sup>32</sup>.

En primer lugar, la acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos de carácter individual o de carácter general. La jurisdicción contencioso-administrativa es competente para declarar la nulidad de un acto administrativo ilegal. Esta es una acción de Derecho público que toda persona puede intentar. Los efectos de la declaración de nulidad son retroactivos y producen efectos "erga omnes". Esta acción no tiene límite de tiempo para ser intentada. En segundo lugar, la acción de inconstitucionalidad es una acción dirigida contra los decretos-ley y los actos administrativos expedidos en estado de urgencia tomados por el Gobierno. Esta competencia se la comparten el Consejo de Estado y la Corte Constitucional<sup>33</sup>. Ella tiene las mismas características de la acción de nulidad<sup>34</sup>. En esta ocasión los actos administrativos ilegales son declarados inconstitucionales cuando son contrarios a la Carta.

En tercer lugar, la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho está dirigida no solamente a anular el acto ilegal, sino también a restablecer los derechos violados. Es la acción de plena jurisdicción francesa que en Colombia está dividida en dos. Esta acción tiende a la declaración de ilegalidad con restablecimiento del derecho y con la posibilidad de reparación del daño<sup>35</sup>. A diferencia de las precedentes, ésta no puede ser interpuesta directamente por los interesados, sino a través de representante legal. La jurisdicción administrativa es competente para declarar la nulidad y para hacer reparar el daño. La acción tiene un término de cuatro meses para ser interpuesta, a partir de la notificación o publicación del acto. Ella no es posible contra los actos de carácter general. Los efectos de la decisión son “erga omnes”<sup>36</sup>. Esta acción es procedente también para la persona que pretenda modificar una obligación fiscal o de otra clase, o para la devolución de lo que pudo haber pagado indebidamente. En cuarto lugar, la acción de reparación directa, que puede ser interpuesta por toda persona interesada en hacerse reparar un daño causado por la Administración. Esto puede ser el producto de un hecho, una omisión, una operación administrativa o una ocupación temporal o definitiva de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. La ilegalidad de la acción se traduce en la condena de la Administración para la reparación del perjuicio. La jurisdicción contencioso-administrativa es, en principio, competente para conocer de esta acción<sup>37</sup>. El término es de dos años a partir del momento en que se produjo el acto ilegal<sup>38</sup>. No tendrá término si se tratare de prestaciones periódicas. Por último, la acción contractual, que procede cuando la parte contratante se ve afectada por la relación establecida con la Administración. Puede ésta demandar ante el juez del contrato que se declare la nulidad del contrato, que se declare su existencia y que se pro- “ceda a las declaraciones, condenas, así como a la indemnización de perjuicios. Su término es de dos años.

- Los controles jurisdiccionales a la iniciativa de la Administración

La Administración puede intervenir en el control administrativo de legalidad, demandando ante el juez competente la reparación directa cuando resulte condenada o hubiese lugar a conciliación por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no

estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulte perjudicada por la actuación de un particular o entidad pública. El término es de dos años a partir del momento en que acaeció el daño, y en cualquier tiempo cuando se trate de prestaciones periódicas. De la misma forma, el Estado puede proceder a la demanda de anulación de un contrato administrativo, de su declaración o existencia; además, para que se hagan las declaraciones, consultas, condenas o restituciones consecuenciales, para que se ordene la revisión del contrato, que se declare el incumplimiento de la otra parte y que se condene al responsable al que incurrió en daños y perjuicios o que se hagan otras declaraciones o condenas. El término estipulado es aquel consagrado en el Código para la acción contractual, es decir, dos años.

### 1.1. Otro tipo de control de regularidad: el debate sobre la excepción de ilegalidad

El debate sobre la excepción de ilegalidad de los actos administrativos es complementaria de la excepción de inconstitucionalidad<sup>39</sup>. Aquélla consiste en la inaplicación de una norma jurídica por las autoridades administrativas inferiores por el solo hecho de considerar que viola la Constitución

o norma superior. En Colombia existe una polémica doctrinal a propósito de la aplicación de esta excepción por los funcionarios.

### 1.1.1. Doctrina opuesta a la aplicación de la excepción

Una parte de la doctrina en Colombia<sup>40</sup> no está de acuerdo con la aplicación de la excepción de ilegalidad por los funcionarios, para privilegiar la presunción de legalidad. Según ésta, toda decisión de la Administración es considerada como legal hasta que una jurisdicción no decida otra cosa<sup>41</sup>. Ellos consideran que la excepción no aparece garantizada en ningún texto legal. Además, se considera que su aplicación es un mecanismo muy peligroso para la estabilidad del orden jurídico.

Las razones jurídicas de esta oposición se fundamentan en la Constitución. En primer lugar, el artículo 4 de la Carta exige que sea respetado su texto ante cualquier contradicción legal, pero si expresamente no dice el artículo quién lo debe hacer, por disposición expresa de otras normas de la Constitución y de la ley<sup>42</sup>, esa función de garantía legal se le ha encomendado a las jurisdicciones que administran justicia. En segundo lugar, la acción de nulidad, consagrada en la Constitución y la ley, no prescribe, pudiendo ser demandada en cualquier momento con suspensión provisional en caso de urgencia. En tercer y último lugar, la excepción de ilegalidad iría en contra de la estabilidad jurídica y del respeto jerárquico de las normas que son la base de la legalidad protegida por la Constitución.

En definitiva, esta posición doctrinal le quita a la Administración toda posibilidad de interpretación normativa.

### 1.1.2. Doctrina favorable a la aplicación de la excepción

Otra parte de la doctrina<sup>43</sup> reconoce, por el contrario, la aplicación de la excepción de ilegalidad a los funcionarios. Éstos afirman que la declaración de ilegalidad es posible a través de la excepción. Los argumentos jurídicos en este caso son: primero, el mismo artículo 4 de la Constitución colombiana de 1991 que autoriza a toda persona a hacer prevalecer la Constitución sobre cualquiera otra norma. En segundo lugar, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 que determina que los actos del ejecutivo se aplican inmediatamente si no son contrarios a la Constitución y las leyes. A esta última se adjunta el artículo 240 del Código Municipal que determina que, en caso de contradicción de normas, la ley se aplica de preferencia al reglamento, y éste de preferencia a la norma individual. La razón lógica de esta posición es el respeto de la primera Constitución.

### 1.1.3. Posición intermedia de la jurisprudencia

El Consejo de Estado se ha pronunciado en diferentes ocasiones al respecto para conciliar la discusión<sup>44</sup>. Según la alta jurisdicción, la excepción de ilegalidad de los actos administrativos puede ser aplicada, pero solamente por la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto porque el juez administrativo es el guardián de la legalidad de los actos del ejecutivo. Éste decide sobre la excepción a través de las acciones consagradas en la ley.

El Consejo de Estado considera, además, que el juez administrativo puede, a fortiori, pronunciarse tanto sobre la excepción como sobre la acción de ilegalidad. Su razonamiento se basa en la

expresión romana “*qua tempordlia sunt ai agendum, perpetua sunt ai exipienium*”, es decir, que el juez de la acción es el juez de la excepción, puesto que quien puede lo más puede lo menos<sup>45</sup>.

De esta manera, los funcionarios no pueden aplicar la excepción de ilegalidad de una parte, porque es sólo de la competencia del juez declarar la ilegalidad de los actos administrativos y, de otra par-te, porque incumbe a todo funcionario aplicar toda norma que sea promulgada por el Presidente de la República. La presunción de legalidad y la estabilidad jurídica son privilegiadas por esta interpretación.

Sin embargo, si se considera que la excepción de ilegalidad es competencia de la excepción de inconstitucionalidad, sería posible pensar que los funcionarios participen del control de legalidad de los actos administrativos. Al menos éste ha sido el sentido que la Corte Constitucional le ha dado a la excepción de inconstitucionalidad<sup>46</sup>.

En este debate doctrinal debe existir una precisión pertinente para evitar confusiones innecesarias. No se debe prestar a confusión la excepción de ilegalidad, que no es sino una mera inaplicabilidad de las normas, y la acción de ilegalidad que es el juicio que se le hace a la norma para anularla o convalidarla. En la primera, la norma no sale del ordenamiento jurídico y puede ser aplicada de modo diferente por otro funcionario; en la segunda, en cambio, la norma, en caso de ser anulada por el juez, sale del ordenamiento jurídico y ningún funcionario puede darle otra aplicación. Es decir, la primera es una oposición de hecho, y la segunda, una oposición de derecho. El interesado tendrá siempre la posibilidad de acudir ante el juez para que se pronuncie sobre la actitud del funcionario. Éste puede hacer todo lo que desee, inclusive, todos los días estamos abocados al trabajo ineficiente de muchos de nuestros funcionarios que se escudan en el silencio administrativo, pero la última palabra la tiene el juez cuando se pronuncia sobre la inaplicación de una norma.

Por ello, el juez administrativo prefiere ser vigilante y prudente ante la aplicación indebida de la excepción de ilegalidad, puesto que una extensión incorrecta de este mecanismo de control puede paralizar la actividad administrativa y congestionar considerablemente la jurisdicción. Al artículo 4 de la Constitución se le debe dar una interpretación más lógica, puesto que con esta disposición, al no mencionar quién garantiza su respeto debe entenderse que son los administradores de justicia y legalidad, que la misma Carta ha investido, los que deben hacer prevalecer las normas constitucionales sobre cualquiera otra norma contraria. No quiere decir que el funcionario público no puede aplicarla puesto que esto no tiene relevancia para el ordenamiento jurídico; es el juez quien decidirá de todas formas sobre la cuestión<sup>47</sup>.

## 2. Las condiciones de regularidad del acto administrativo

En Colombia la ilegalidad puede manifestarse en todos los elementos del acto administrativo. Algunas adaptaciones se pueden legitimar para proteger el orden jurídico.

### 2.1. La regularidad de los actos administrativos al momento de su formación

El acto administrativo está determinado por condiciones esenciales que confirman la legalidad de la actividad administrativa. La ilegalidad del acto se manifiesta cada vez que las condiciones esenciales están ausente. El acto administrativo ilegal se puede revelar tanto en las condiciones formales o externas, como en las de fondo o internas.

### 2.1.1. La regularidad externa

La ilegalidad del acto administrativo resulta de un vicio de forma o de procedimiento y cuando la persona que lo emite es incompetente<sup>48</sup>. En primer lugar, el acto administrativo es ilegal cuando sus condiciones formales no están establecidas<sup>49</sup>. Las condiciones de forma son aquellas que el acto debe revelar al momento de efectuarle el primer examen del acto administrativo. Ellas son varias y a veces no son obligatorias a causa de la existencia de actos verbales, implícitos o tácitos<sup>50</sup> como aquellos producidos por el silencio administrativo<sup>51</sup>. La ley y la jurisprudencia determinan ciertas formalidades para los actos escritos<sup>52</sup>. Esas formalidades son: la fecha del acto, la mención del tipo de acto y las firmas correspondientes<sup>53</sup>.

Algunos de estos actos son sometidos a procedimientos especiales tales como la motivación obligatoria<sup>54</sup> o el procedimiento contradictorio antes de pronunciar una sanción. Además, ciertos actos suponen una opinión anterior obligatoria. La mayoría de estas obligaciones debe aparecer expresamente en el acto. Por ello, cuando una de esas formalidades falta, el acto puede ser considerado ilegal si el vicio es sustancial<sup>55</sup>. El juez administrativo es competente para declarar que el acto acusado no responde a las exigencias de legalidad y, por consiguiente, procede a su anulación<sup>56</sup>.

En segundo lugar, el acto administrativo es manifiestamente ilegal cuando ha sido emitido por una persona que no está legalmente habilitada<sup>57</sup>. Un caso típico es el del funcionario que sale de su competencia para resolver una situación cercana a su competencia. En Colombia esta ilegalidad es muy frecuente puesto que las tres ramas del poder público son habilitadas a emitir actos administrativos. Dada la situación de orden público de nuestro país, la urgencia de ciertos casos exige que el funcionario competente no se encuentre en su lugar en el momento en que ocurren hechos graves. De todas formas, y por regla general, el órgano que produce el acto debe estar jurídicamente habilitado<sup>58</sup>. La incompetencia puede ser jerárquica, material, territorial o temporal. Todas constituyen casos de ilegalidad que serán sancionados por el juez competente.

### 2.1.2. La regularidad interna

La ilegalidad administrativa puede presentarse también en los elementos internos del acto. Éstos son tres: la finalidad, el contenido y los motivos.

En primer lugar, la manifestación de la voluntad de la autoridad administrativa puede constituirse en un caso de ilegalidad cuando no corresponde a la finalidad del acto. La finalidad de todo acto administrativo es, de manera general, el interés común o la prestación de un buen servicio público<sup>59</sup>. Cada acto puede tener finalidades generales y finalidades específicas como aquella del orden público en los actos de policía. En Colombia, la ilegalidad en la voluntad se presenta bajo las características de vicios objetivos o de vicios subjetivos. Los primeros corresponden a las irregularidades de producción del acto, tales como el funcionario de hecho, el reemplazo arbitrario o anomalías en actos complejos como la licitación. Los segundos son conocidos como abuso y desviación de poder o como actuación dolosa; estas últimas son difíciles de probar puesto que casi siempre, por el hecho de encarnar elementos subjetivos, la prueba no es fácil de demostrar<sup>60</sup>, pero igualmente, en el momento de demostrarse, constituyen casos de ilegalidad por vicios internos del acto.

En segundo lugar, el contenido del acto administrativo puede revelar casos de ilegalidad cuando su objeto no es claro, determinado, preciso, lícito o posible. Se presenta como un vicio que afecta el objeto del acto. Es definido en teoría administrativa como un vicio que atenta directamente contra la ley, puesto que el contenido del acto debe estar en perfecto acuerdo con la norma superior de donde extrae su competencia<sup>61</sup>.

Por último, la ilegalidad del acto se manifiesta en la motivación del acto. Según la jurisprudencia, son los hechos objetivos anteriores y exteriores al acto que determinan al autor a tomar la decisión<sup>62</sup>. La ilegalidad de los motivos se presenta tanto dentro de la competencia ligada como dentro de la competencia discrecional<sup>63</sup>. En ciertos casos el juez administrativo puede considerar, por hechos y circunstancias excepcionales, que dichos casos no constituyen actos ilegales<sup>64</sup>.

## 2.2. Las adaptaciones de hecho: las circunstancias excepcionales

El control de la legalidad en Colombia es una constante. Sin embargo, la legislación ha previsto circunstancias excepcionales para controlar la ilegalidad cuando la situación política, económica y social lo exija. Por ello existe, en ciertos casos, un tratamiento especial de la legalidad cuando se presentan estados de excepción y circunstancias urgentes.

### 2.2.1. Los estados de excepción

En Colombia es conveniente distinguir entre el estado de guerra, el estado de conmoción interna (état de siege en Francia) y el estado de urgencia. Los tres organizan la extensión de los poderes de las autoridades administrativas y, en ciertos casos, las autorizan para tomar medidas excepcionales que, en tiempo normal, serían consideradas ilegales. La Administración autorizada a tomar estas decisiones puede transgredir ciertos principios y reglas que en tiempo normal no tendrían razón de ser<sup>65</sup>.

En primer lugar, el estado de guerra permite al Presidente de la República extender sus poderes reglamentarios convirtiéndolos en poderes legislativos para hacer frente a la situación irregular. Sus actos pueden suspender las leyes incompatibles con este estado, y tomar toda medida necesaria para contrarrestar los efectos perversos de la guerra. Estas medidas permiten también excepciones en el tratamiento que se les dé a las libertades públicas, sin poder suspenderlas completamente. Este tratamiento especial, permitido en momentos especiales, sería considerado altamente ilegal en tiempo normal<sup>66</sup>.

En segundo lugar, el estado de conmoción interna es declarado por el Presidente de la República cuando se presentan situaciones difíciles de orden público que amenazan gravemente la estabilidad y la seguridad del Estado. El período autorizado para tomar medidas excepcionales es de noventa días, con posibilidad de renovarlo por dos períodos más. La segunda prolongación debe tener el permiso del Senado. Este estado excepcional permite al Gobierno tomar medidas pertinentes para solucionar el conflicto intrerno<sup>67</sup>.

Finalmente, el estado de urgencia se declara cuando una situación diferente de las anteriores amenaza el orden económico, social o ecológico del país. El período autorizado es de treinta días prorrogables por dos períodos iguales. En ningún caso se podría extender por más de noventa

días. Las decisiones excepcionales de estado permiten al gobierno responder rápidamente al enfrentamiento dado sin tener que pedir permiso al parlamento para que apruebe sus decisiones y sin tener que acogerse completamente a los imperativos de legalidad y competencia que exigen las leyes<sup>68</sup>.

### 2.2.2. La urgencia

La situación de urgencia es diferente del estado excepcional de urgencia en cuanto la primera extiende los poderes de la Administración en tiempo normal, mientras que el segundo los extiende en épocas anormales. Además, la primera no hay ni que declararla ni que controlarla previamente, como sí es el caso en el estado de urgencia<sup>69</sup>. Además, en teoría administrativa se hace la diferencia entre dos clases de situaciones urgentes. Es decir que la urgencia puede ser considerada como un principio y también como una excepción. La primera conlleva la presunción según la cual la Administración debe hacer todo lo que esté a su alcance para responder eficazmente a las necesidades de los administrados. El principio exige que la Administración responda rápidamente a una situación urgente para salvaguardar el orden público y la prestación de los servicios públicos. Medidas excepcionales pueden ser homologadas posteriormente por el juez competente en consideración a la situación de urgencia. La rapidez de la intervención y, por ende, la violación de ciertos imperativos legales, pueden ser necesarias en un momento dado para garantizar el orden público y la buena prestación de los servicios públicos. El juez administrativo es sensible a estas situaciones y generalmente apoya estas medidas necesarias; casos típicos son las actuaciones de policía administrativa cuando actúa en condiciones urgentes.

En Francia, por ejemplo, estas situaciones han dado paso al desarrollo de la teoría de los poderes implícitos de la Administración que pueden ser utilizados cuando sea necesario para cumplir con su misión político-administrativa<sup>70</sup>. Es decir, que la Administración puede tomar medidas excepcionales alargando su competencia para hacer frente a la situación urgente; ciertos principios y reglas de legalidad pueden ser inobservados.

Por el contrario, la urgencia puede ser presentada como excepción en caso de insuficiencia de medios legales con los que debe contar la Administración o en caso de una lógica jurídica que escapa al positivismo existente. En esos casos son permitidas ciertas circunstancias excepcionales, precisamente para garantizar el buen funcionamiento de la Administración<sup>71</sup>. Los imperativos de legalidad pueden ser sometidos excepcionalmente a tratamientos irregulares para permitir el buen funcionamiento de las instituciones<sup>72</sup>. Ciertos casos dan origen a una inmunidad jurisdiccional o a la consideración de validación posterior por el juez competente que tendrá en cuenta las circunstancias excepcionales. Las más frecuentes en nuestro país son las situaciones que han dado lugar a las actuaciones del funcionario de hecho y de la teoría de la imprevisión<sup>73</sup>. De esta forma existe en Colombia un tratamiento diferente para los casos de actos políticos, y de situaciones militares y de alta policía<sup>74</sup>. El juez administrativo aprecia estas situaciones a la luz de consideraciones subjetivas de proporcionalidad y de oportunidad, puesto que todas las actuaciones administrativas con tinte político o de alto riesgo policivo no pueden conllevar un tratamiento presencial. En el caso de los primeros, el juez aprecia la situación que dio origen al acto político y determinará cuándo se puede convalidar la irregularidad, dado que no siempre el conflicto en cuestión escapa completamente a la normativa.

En Francia, el acto político no es lo que era en épocas recientes. Hoy en día se hace un análisis profundo de la competencia de la persona que expide el acto y de los fines, para determinar si la intención engendra una situación política o no y si amerita la transgresión excepcional de ciertos imperativos legales. En cuanto a los segundos -esto es, situaciones militares y de alta policía- el juez colombiano, como su homólogo francés, tiene en cuenta si la actuación policiva es una actuación administrativa o de escritorio o una actuación llamada de terreno. Igualmente, si existen riesgo, peligro inminente, armas, afrontamientos y situaciones especiales de orden público. Todas estas circunstancias serán analizadas por el juez competente al momento de apreciar una circunstancia excepcional de urgencia.

El problema que se presenta actualmente en nuestra legislación y en nuestra doctrina es el de la confusión y el tratamiento indiscriminado de los términos de inminencia, aplicación inmediata, necesidad y urgencia. Las cuatro nociones parecen tener la misma significación semántica pero en realidad engendran connotaciones jurídicas completamente diferentes<sup>75</sup>.

En realidad, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de una actuación administrativa se aprecian en forma diferente según se trate de circunstancias normales o excepcionales: las primeras conllevan un tratamiento más riguroso en el momento del control jurisdiccional, mientras que las segundas ameritan en muchos casos la inobservancia de los imperativos legales<sup>76</sup>. La jurisprudencia colombiana parece aceptar la validación de ciertas actuaciones, en principio ilegales, si ellas conllevan la estabilidad institucional, la garantía del orden público y la defensa del interés general<sup>77</sup>. Los casos de actuaciones ilegales de la Administración que posteriormente son validados por el juez administrativo son muy frecuentes en nuestro país a raíz de la situación excepcional de orden público en la que vivimos y de la imprevisibilidad con la que debemos afrontar diariamente nuestra realidad.

## Conclusión

El acto administrativo ilegal en Colombia es, en definitiva, un acto contrario al Derecho. Se puede encontrar en todos los elementos del acto y para ello existen controles administrativos y jurisdiccionales que se llevan a cabo sea por acción o por excepción. Dos problemas se presentan, sin embargo, al momento de aplicar correctamente estos controles: primero, es un problema teórico. Hay que ser atentos para no confundir la inaplicación y el control de legalidad. La inaplicación de una norma no significa anulación porque con ello se estaría desconociendo el principio de legalidad que se fundamenta sobre la presunción de que todo lo editado por la Administración es válido y no se debe cuestionar sino por la jurisdicción competente. Además, el principio de legalidad exige que las decisiones de la Administración tengan una exigibilidad de oficio y que sean de obligatorio cumplimiento. Por el contrario, si se considera que la inaplicación no tiene ninguna consecuencia jurídica y no atenta contra el principio de legalidad puesto que el juez es el único que puede anular la norma, se estaría, de una parte, garantizando la aplicación del artículo 4 de la Constitución y, por otra parte, permitiendo que los funcionarios, con su poder de discernimiento, inapliquen una norma jurídica cuando consideren que existe un problema de legalidad. Segundo, subsiste un problema práctico: la situación de violencia a la que está abocado el país no permite que se respeten siempre los imperativos de legalidad. Los funcionarios tratan de acomodar sus obligaciones legales a la situación del momento. No se les puede exigir a los funcionarios que

apliquen normas de una forma irracional y automática, ya que esto puede engendrar situaciones de injusticia. Por ello es menester para los jueces aceptar que en la situación actual que vive el país, la Administración, en su diario proceder, está sometida a una ineluctable fluctuación en la aplicación del principio de legalidad. En consecuencia, la ilegalidad administrativa es a veces necesaria para garantizar la justicia social porque la lógica jurídica exige que antes de aplicarse el Derecho se debe mirar si se trata de un buen Derecho. Es decir, aquel que sirve más al hombre que al sistema, aquel que decida entre norma y razón. En este discernir es donde se reconoce la función primordial del juez.

## NOTAS

1. Norma en sentido general, es decir que recubre los principios generales del Derecho y aquellos considerados como fundamentales por el juez para garantizar el buen funcionamiento del orden público, el interés general, la paz social, la legalidad, etc.
2. La legalidad en Colombia reposa sobre una pirámide jurídica y jerárquica de normas. Ante la imposibilidad de verificar que cada acto ha sido expedido con base en una competencia superior anteriormente determinada, la teoría del Derecho le ha abierto el campo a la presunción de legalidad, según la cual, todo acto administrativo se presume legalmente editado hasta que un juez decida lo contrario. Mirar lo que expone la doctrina extranjera, especialmente Georges Vedel et Pierre Delvolvé. *Le système français de protection des administrés contre l'Administration*. Paris. Ed. Sirey, 1991. p. 82. En Colombia, mirar los artículos 82 a 86 del Código Administrativo. Bogotá. Ed. Legis, 1996. p. 162.
3. Es posible que el acto no contrarie el ordenamiento pero el juez puede decidir otra cosa. Mirar ese aspecto en la doctrina extranjera, especialmente Charles Eisenmann. *Le droit administratif et le principe de légalité*. Paris. E.D.C.E., 1957. p. 25.
4. Si se acepta la teoría kelseniana de la creación del Derecho. Mirar Hans Kelsen. *Théorie pure du droit*. Paris, traducción del alemán por Charles Eisenmann. Ed. Dalloz. 1962. p. 199. También *La garantie Juridictionnelle de la Constitution*. Paris. R.D.P., 1928. p. 197. Además, Roger Bonnard, *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl*. Paris, R:D:P: 1828, p. 669.
5. Principio del cual se habla mucho hoy en día en Europa, especialmente en la jurisprudencia europea. Mirar Decisión del 13 de julio de 1961, Méroni o Haute autorité de la C.E.C.A. Luxembourg, Rec. 1961, p. 319. Decisión del Consejo de Estado francés de 10 y 24 de octubre de 1997. Société Strasbourg, F.M.,Lugan et Mme. De Laubier. Comentarios de Gilles Pellissier. *Développements récents de l'impératif de sécurité juridique*. Paris. Les petite affiches, número 22, febrero de 1998. B. Pacteau. *La sécurité Juridique, un principe qui nous manque?* Paris A.J.D.A., 1995, número especial, p. 151. D. Labetoulle, *Principe de légalité et principe de sécurité*. Paris. Mélanges Braibant. Ed. Dalloz, 1996 p. 403
6. A través de dos principios corolarios de! Derecho Administrativo como la ejecución de oficio y la obligación de ejecución. Artículos 12 de la Ley 153 de 1887, 64 y 66 del Código Administrativo Colombiano, op. cit. P. 85.
7. CE. Anales, 20 de junio de 1960.
8. Si se acepta la definición de poder judicial negativo empleada por Montesquieu. Según ésta, la función jurisdiccional garantiza la paz social y el equilibrio entre el poder ejecutivo y el legislativo. Charles Louis de Montesquieu *Oeuvres completes*. De lésorit des lois. Paris. Ed Dalibon, 1826, livre VI, chapitre III, p. 259.
9. La Constitución colombiana considera la justicia como un poder. Las competencias que se le atribuyen la presentan más como un contra-poder.
10. Así mismo en Francia, mirar René Chapus. *Droit du contentieux administratif*. Paris, Ed. Montchrestien, 1997, 4ème ed. R 474.
11. Ley 60 de 1914.
12. Artículo 66 del Código Administrativo Colombiano de 1984.
13. Mirar, Carlos Mario Molina B., *Un modele original de iurisdiction administrative: le Conseil d'Etat colombien*. Paris, Revue Administrative, 1997, número 300, p. 38.
14. Artículo 22 del Decreto 2340 de 1989 del Código administrativo colombiano.
15. C.S.J. , Sala Constitucional, de de mayo de 1981.
16. C.C. Asamblea, C 339/96, del 1 de agosto de 1996. Mgistrado ponente Julio César Ortiz.

17. Artículo 49 del decreto-ley 01 de 1984 del Código administrativo colombiano.
18. CE. Asamblea, 16 de febrero de 1980.
19. CE. Sección cuarta, 18 de abril de 1997, exo. 8117, magistrado ponente Consuelo Sarria Óleos.
20. Artículo 50 del decreto-ley 01 de 1984.
21. Ciertas excepciones son admitidas por la jurisprudencia. CE. Sección cuarta, 18 de abril de 1997. Magistrado ponente Consuelo Sarria O. Exp. 8117.
22. CE. sección tercera, auto del 31 de enero de 1992.
23. C.C asamblea, C 339/96 de 1 de agosto de 1996. Magistrado ponente Julio César Ortiz. Mirar también, C.C. T-403/96 de 23 de agosto de 1996. Magistrado ponente Vladimiro Narnjo Mesa. Además, C.C.,T. 010 de 18 de enero de 1993. Magistrado ponente Jaime Sanín.
24. Frecuentemente lo hace en caso de reformas al Código Contencioso Administrativo.
25. Es un deber para la Administración retirar los actos cuando sean manifiestamente contrarios a la Constitución y a la ley, cuando no estén conformes al interés público y social o atenten contra él o cuando causen agravio injustificado a una persona, artículo 69 del Código.
26. Artículo 69 del Decreto 01 de 1984. Las causas son textualmente determinadas, cuando se trata de ilegalidad, interés público o daño a un tercero.
27. CE., Sección segunda, 6 de mayo de 1992.
28. CE., Sección primera, 18 de julio de 1991, y CE., Sección primera, auto 2 de mayo de 1996. Exp. 3751. Magistrado ponente Juan Alberto Polo Figueroa.
29. Ibid
30. Artículo 73 del Decreto 01 de 1984. Mirar CE. Sección segunda, 30 de septiembre de 1972, Exp. 2766. Magistrado ponente Eduardo Aguilar V.
31. Artículo 3 del Decreto 01 de 1984. La subrogación parcial interviene cuando la ilegalidad es parcial. CE. Sección segunda, 6 de mayo de 1992.
32. Artículos 83 a 86 del Código Administrativo.
33. Numeral 2 del artículo 237 de la Constitución colombiana, 1991. 34 CE. Sección primera. Auto de 10 de mayo de 1974.
35. Artículo 15 del Decreto 2304 del 1989 de Código C.A.
36. CE. Sección segunda, auto de 15 de noviembre de 1990, exp. 2339 Magistrado ponente Alvaro Lecompte Luna.
37. La jurisdicción civil es competente en una pequeña proporción del control de la actividad de la Administración. Un ejemplo es el contencioso de las empresas industriales y comerciales del Estado, CE. Sección primera, auto, anales, 25 de abril de 1985.
38. Artículo 16 del Decreto 2304 de 1989.
39. Porque los dos protegen el ordenamiento jurídico y ponen en evidencia las irregularidades normativas.
40. Especialmente, Jaime Vidal Perdomo. Derecho administrativo. Bogotá. Ed. Temis, 1994, IOémé éd., p. 305.
41. CE. 25 de septiembre de 1961. Maiden form Brassiere company, irte, rap., Carlos Gustavo Arrieta, anales, 1961, p. 392 a 396.
42. Artículos 116 de la Constitución de 1991 y 83 del Decreto-ley 10 de 1984, subrogado por el artículo 13 del Decreto-ley 2304 de 1989. Código Legis de 1997.
43. Especialmente, Libardo Rodríguez. Derecho Administrativo. Bogotá. Ed. Temis, 9émé éd. 1996, p. 226.
44. CE. 20 de junio de 1960.
45. CE. 6 de diciembre de 1979.
46. CC C-37, 5 de febrero de 1996, anales, p. 88.
47. Título X del Libro II de la segunda parte del Código Administrativo, decreto 01 de 1984.
48. CE. Sección cuarta, anales, 30 de mayo de 1974.
49. Artículo 14 del decreto-ley 2304 de 1989.
50. CE. Anales, 19 de junio de 1961. Magistrado ponente Carlos G. Arrieta y CE. anales, 9 de marzo de 1971.
51. CE. Segunda sección, anales, 14 de noviembre de 1978. Emma Bejarano, exp. 2735.

52. Mirar Gustavo H. Rodríguez. Derecho Administrativo seneral. Bogotá, Ed. Ciencia y Derecho, 2é, éd, 1995, p. 213, CE. anales, 9 de marzo de 1971, Francisco Sefair. Magistrado ponente Lucrecio Jaramillo Vélez, exp 1725. Citado por el autor.
53. Mirar la distinción que hace el Consejo de Estado entre forma y formalidades. CE. 19 de junio de 1961. Magistrado ponente Carlos G. Arrieta.
54. Cuando la ley exige que el acto sea motivado, el motivo se convierte en elemento formal y su falta constituye un vicio. CE. anales, 28 de octubre de 1977.
55. CE. anales, 30 de agosto de 1977.
56. CE. Sección primera, anales 2 de agosto de 1990.
57. CE. anales 9 de marzo de 1971, op. cit. Supra.
58. Mirar, Libardo Rodríguez. Derecho Administrativo. Bogotá. Ed. Temis, 1996. p. 26.
59. CE. anales, 9 de marzo de 1971 y CE. anales 25 de noviembre de 1971.
60. Para el Consejo de Estado la ilegalidad en los fines constituye una desviación de poder CE. 16 de julio de 1943, anales, Tomo LX, número 329-334, p. 127. Ella se puede constituir en una especie de ilegalidad indirecta. CE. Sección primera, 8 de marzo de 1974. Magistrado ponente Carlos Galindo Pinilla, anales, tomo LXXXVI, número 439-440, p. 249. Esta ilegalidad coincide con aquella retenida en Francia. CE. asamblea, 30 de septiembre de 1975, Salem María Villamil, exp. 207. Magistrado ponente Gustavo Salazar T. El fundamento de esta ilegalidad es un atentado a la finalidad primordial del Estado porque ella contraría el buen funcionamiento de los servicios públicos. CE. sección cuarta, 13 de septiembre de 1968. Magistrado ponente Hernando Gómez Mejía.
61. Norma general determinada por el juez administrativo.
62. Mirar CE., asamblea, 30 de septiembre de 1975.
63. CE. Sección primera, 3 de diciembre de 1975, exp. 2066, Cine Colombia, rap. Alvaro Pérez Vives. La ilegalidad en los motivos se confunde con la desviación de poder. CE. asamblea, 25 de agosto de 1969. Magistrado ponente Andrés Holguín, anales, tomo LXXVII, número 423-424, p. 150 También se confunde con la motivación errada. CE. sección primera, 8 de marzo de 1974. Ciudadela industrial Tibitó S.A. Magistrado ponente Carlos Galindo Pinilla, exp. 1635, anales tomo LXXXVI, número 439-440.
64. CE. Sección tercera, 3 de noviembre de 1994. Magistrado ponente Juan de Dios Montes H. Mirar también CE 7 de diciembre de 1977, Flota La Macarena, anales. Exp. 1534, p. 605. Además CE. 11 de octubre de 1990. Magistrado ponente Gustavo de Greiff, anales exp. 5737. Por último CE. 23 de septiembre de 1994. Magistrado ponente Julio César Uribe A. Exp. 8577.
65. Las condiciones de aplicación son reglamentadas por el artículo 214 de la Constitución colombiana de 1991.
66. Artículo 212 *ibid*.
67. Artículo 231 *ibid*.
68. Artículo 215 *ibid*.
69. No se deben confundir estado de urgencia y situaciones de emergencia.
70. Para cumplir con su misión, CE. stè La plage de la foret. 23 juin 1972, Paris A.J.D.A., 1972 p. 463, o porque la cuestión es accesoria al servicio público. CE., 29 de mayo de 1936, société des entrepreneurs de couverture c/ville de Burdeaux, anales p. 622.
71. Mirar Ernest Wolf, La valité des actes d'un gouvernement de fait. Paris, R.P.D., 1952, p. 39.
72. Mirar la ley 104 de 1993 y CE. sección tercera 3 de noviembre de 1994. Magistrado ponente Juan de Dios Montes H.
73. El artículo primero del decreto 01 de 1984 los califica de decisiones de aplicación inmediata, cuando la policía armada actúa en urgencia para evitar o reparar una situación de orden público, defensa nacional, seguridad, tranquilidad y circulación de bienes y personas.
74. CE. 13 de septiembre de 1985.
75. Mirar en doctrina extranjera. Pierre-Laurent Frier, L'urgence. Thèse publiée. Ed. L.G.D.J., 1987.
76. Mirara el articulo 42 de la ley 80 de 1993.
77. Ciertas actuaciones constituyen verdaderas vías de hecho. La jurisprudencia acepta validar ciertas actuaciones si no conlleven graves atropellos al orden jurídico o graves consecuencias para tos particulares. Otras actuaciones pueden constituir excesos de poder. Artículo 49 de Ja ley 80 de 1993 y CE. sección tercera, 28 de octubre de 1976.