

CAPITULO TERCERO
ASPECTOS SUBJETIVOS EN LA FORMACION DEL ACTO

1. Generalidades	85
2. Fase interna en el proceso de elaboración del acto administrativo	87
- La intención	87
- Estructuración de la decisión	88
3. Fase externa o de exteriorización	88
- Teoría del elemento esencial	90
- Tesis de la eficacia u oponibilidad	91
- Teoría intermedia	92

CAPITULO TERCERO

ASPECTOS SUBJETIVOS EN LA FORMACION DEL ACTO⁷³

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Fase interna en el proceso de elaboración del acto administrativo. La intención. Estructuración de la decisión. 3. Fase externa o de exteriorización. Teoría del elemento esencial. Tesis de la eficacia u oponibilidad. Teoría intermedia.

1. GENERALIDADES

La existencia y validez del acto jurídico implica la presencia de un proceso indispensable de elaboración, dentro del cual se debe cumplir con requerimientos fundamentales, para que éste se proyecte con la plenitud de sus efectos en el mundo jurídico-administrativo. Los vicios a que pueda dar lugar la entrada en vigencia de un acto administrativo tienen precisamente su origen en anormalidades, estructuradas principalmente en su formación, como efecto indiscutible de omisión o quebrantamiento de requisitos imprescindibles: con razón sostiene la doctrina que la "celebración de un acto jurídico es algo unitario e indivisible que no puede fraccionarse; por eso, en dicha

73. Vid, Altamira, Pedro Guillermo. *Curso de derecho administrativo*, pp. 359 y ss.; Carbonier, Jean. *Derecho civil*, tomo I, pp. 186 y ss.; Cediél Angel, Ernesto. *Ineficacia de los actos jurídicos*, parte primera; Díez, Manuel María. "Actos administrativos", *Op. cit.*, supra nota 20, pp. 327-351. Eiler Rauch, Sara. "La formación del consentimiento en los contratos, Santiago, Editorial Nacimiento, 1935, pp. 40 y ss. Gallo de Pompone, Celia E. *La voluntad en el acto administrativo*, pp. 58 y ss. Riag, A. *La voluntad en la formación del acto jurídico* (trad. de Fernando Hinestrosa), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1965.

celebración deben concurrir, a un tiempo, las diversas condiciones que la ley exige para que dicho acto tenga plena eficacia jurídica”⁷⁴.

Lo expuesto nos permite concluir que para la estructuración y vigencia de un acto jurídico, con efectos en el ordenamiento administrativo, se presenta lo que pudiera llamarse un “proceso de elaboración”, lo cual, por sus caracteres, es único e indivisible en la medida que para producirse un acto administrativo, la tramitación tendiente a su resultado es una sola, sin lugar a divisiones que interrumpen su culminación.

Sin apartarnos del concepto de la unidad, en la producción del acto administrativo y de manera operativa, se puede sostener que el proceso de la elaboración del acto presenta las siguientes etapas: una primera, que podría conocerse como la de la fase interna, que a su vez comprendería la intención de acto administrativo y la de estructuración o materialización del mismo. Una segunda, que fácilmente podríamos denominar fase externa y estaría conformada por la totalidad de los pasos tendientes a la exteriorización de la actuación⁷⁵.

**Proceso de elaboración
del acto administrativo**

• Fase interna

-Intención

-Estructuración
de la decisión

• Fase externa o de exteriorización

74. Alessandri Besa, Arturo. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago, Imprenta Universitaria, 1949, p. 102.

75. Consejo de Estado, Sentencia de 30 de octubre de 1964. Sala de lo contencioso administrativo, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, Anales del Consejo de Estado, núms. 405 y 406, tomo LXIII, p. 308; Rieg, A. *Op. cit.*, *supra* nota 73, p. 7. Gallo de Pompone, Celia E. *Op. cit.*, *supra* nota 73, p. 58; “... En la voluntad administrativa se destacan distintos momentos, comenzando con la intención del órgano del cual emana, continuando con el procedimiento establecido para la determinación o elaboración de esa voluntad, y finalmente su declaración o exteriorización... La expresión voluntad no tendrá para el Acto Administrativo un significado psíquico real, sino que comprenderá un conjunto de factores subjetivos, más factores objetivos que constituyen el proceso a través del cual se manifiesta esta voluntad...”.

2. FASE INTERNA EN EL PROCESO DE ELABORACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Se configura esta etapa con la totalidad de las actuaciones que se desarrollen dentro del órgano administrativo y que determinen, la formación de la voluntad de la administración; esta fase se caracteriza, porque el resultado obtenido no puede producir efectos jurídicos de manera inmediata. La administración pública no queda vinculada frente a terceros. Las decisiones producidas respecto a los derechos subjetivos, o situaciones generales se encuentran en suspenso, bien podríamos decir, se ubican de manera exclusiva al interior de la administración⁷⁶.

La intención

La intención se da necesariamente en todo órgano estatal capaz de ejercer funciones administrativas. Se caracteriza por ser el foco impulsor de los elementos que confluyen en la estructuración de la voluntad de la administración durante el proceso de elaboración del acto administrativo. Podríamos identificarlo como un elemento previo a la formación de la voluntad. Es un momento anterior, preparatorio de la voluntad administrativa; es un fenómeno estrictamente psíquico en la medida que se produce en las personas que evalúan y dirigen la actividad de los órganos administrativos y que consecuentemente “piensan” de acuerdo con las directrices del organismo estatal señaladas, no sólo en el texto constitucional a través de las finalidades de la función administrativa, sino también de acuerdo con las normas específicas que atribuyen competencia al respectivo ente estatal. En la práctica, quien ejerce la función administrativa no es más que un intérprete de la voluntad potencial del Estado, establecida en la norma jurídica^{76A}.

76. Consejo de Estado, sentencia de 30 de octubre de 1964, citada a nota 75, sobre esta fase dijo: “El primero se surte en el interior de la Administración y, mientras no se haya terminado la hipotética providencia no engendra ni siquiera una expectativa de derecho”.

76A. Cavalcanti, Themístocles Brandao. *Op. cit. supra* No. 2 p. 36. Sostiene este autor, que no es unánime la doctrina en aceptar tal y como lo hemos hecho en la presente obra, la existencia de un proceso subjetivo de formación de la voluntad de la administración.

La intención es el elemento psíquico precedente que prepara la voluntad de la administración, razón ésta que nos lleva a afirmar que la misma se caracteriza por su interioridad e irrelevancia jurídica; precisamente, el profesor Manuel Ma. Díez sostiene: "Las intenciones que no son exteriorizadas y permanecen como internas del órgano agente, son para la administración pública jurídicamente irrelevantes, ya que no permiten registrar la voluntad real del órgano"⁷⁷.

Estructuración de la decisión

Constituye dentro de la fase interna, la compleja materialización de la intención y demás elementos recopilados por la administración, en lo que podría denominarse la constitución de la decisión de la administración, que se caracteriza por carecer del poder de oponibilidad frente a terceros.

3. FASE EXTERNA O DE EXTERIORIZACION

La fase externa o de exteriorización es la proyección al exterior del órgano de las elaboraciones producidas dentro del mismo; es conocida también como la etapa de la declaración de voluntad.

La decisión adoptada por quien ejerce funciones administrativas -voluntad-, no produce por sí sola los efectos que la administración espera; se hace indispensable que aquel fenómeno interior se exteriorice, para lo cual se necesita acudir a un signo externo que la haga conocer y no puede ser otro que su declaración, la que una vez producida convierte el "pre-acto" en acto, es decir, le imprime juridicidad relevante, productora de efectos jurídicos.

Tratándose de las personas jurídicas, indica el autor, "...hay un cierto escrúpulo en insistir en la existencia de un proceso volutivo, que presupone también un proceso psicológico que no puede existir en una persona jurídica..."

77. Díez, Manuel María. "Actos administrativos", *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 335, igualmente, Eiler Rauch, Sara. *Op. cit.*, *supra* nota 73, pp. 40 y ss.

La exteriorización puede ser real, cuando la realiza la administración expresamente, o presunta, caso éste conocido como del silencio administrativo por el sólo hecho del transcurso del tiempo.

Se realiza mediante la comunicación, notificación, publicación o ejecución de acuerdo como lo señale el respectivo ordenamiento. Mientras no se emplee el medio legal adecuado, la administración puede incluso modificar sus decisiones en razón de que, como ya lo habíamos anotado, la decisión interna aún no tiene vida jurídica frente a terceros, sino frente a la misma administración⁷⁸.

No obstante la aparente claridad sobre el problema, es decir, que el acto necesita indubitablemente de su publicación, la doctrina e incluso la misma jurisprudencia nacional no han estado acordes y han sostenido tesis encontradas sobre la exteriorización del acto para efecto de su existencia jurídica. En este sentido son dos las posiciones que podemos identificar en torno del asunto: una, la tesis o teoría de la publicación como elemento esencial del acto y dos, la teoría de la eficacia u oponibilidad, que no niega la existencia del acto no publicitado, sino que ve en este procedimiento de exteriorización un fenómeno de eficacia del mismo.

⁷⁸. Consejo de Estado, sentencia de 30 de octubre de 1964, *cit. supra* nota 75; en igual sentido, puede confrontarse, entre otras, las siguientes providencias del Consejo de Estado: Auto de enero 20 de 1972, Sala de lo contencioso administrativo, sección 4, tomo LXXXII, primer semestre: "Elemento esencial, parte nuclear del acto administrativo es que sea una declaración de voluntad del funcionario o corporación administrativa... donde no hay declaración de voluntad de juicio, de deseo con la finalidad de producir un efecto en derecho no puede predicarse la existencia de un acto administrativo". Salvamento de voto, consejero Miguel Lleras Pizarro, sentencia de octubre 10 de 1974, Sala de lo contencioso administrativo, sección 4, Anales del Consejo de Estado, núms. 433 y 434, tomo LXXXVII, 1974, segundo semestre: "Todo acto administrativo está destinado a producir efectos por ser manifestación de la voluntad del administrador que obliga la conducta de alguno o algunos o todos los gobernados. Por tanto, es esencial para que exista que los obligados reciban noticia sobre tal acto... si esa manifestación de voluntad, aun elaborada con competencia legal, se mantiene en el ámbito de lo confidencial no puede aspirar a que produzca efectos y así no puede tenerse por acto administrativo completo". Auto de mayo 20 de 1975, Sala de lo contencioso administrativo, sección 4, C.P. Juan Hernández, Anales del Consejo de Estado, núms. 445-446, tomo LXXXVIII, primer semestre 1975: "La notificación es diligencia esencial para que las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa produzcan efectos respecto de los interesados en el respectivo negocio o actuación".

Teoría del elemento esencial

Los partidarios de esta tesis sostienen que el procedimiento de publicitación de una decisión de la administración pública, que pretenda producir efectos jurídicos, es elemento esencial del acto administrativo, ubicado dentro de los elementos formales o procedimentales del mismo. En este sentido, cualquier irregularidad que se pueda presentar en su exteriorización puede viciar la legalidad del acto administrativo. Los partidarios de esta teoría consideran que el acto administrativo nace a la vida jurídica, una vez se hubiere agotado el procedimiento de notificación o publicación del acto administrativo. Es decir, una decisión de la administración no publicada o notificada, no sería acto administrativo, no podría en consecuencia, controlarse ni administrativa ni jurisdiccionalmente.

La tesis tiene sus sustentos en las razones expuestas tanto por la teoría "voluntarista", como por la simple teoría "declaracionista" del acto, pues coinciden en que el acto debe ser ante todo un fenómeno de manifestación. En consecuencia, no habiendo manifestación de la administración, no habría acto administrativo.

En algunas oportunidades, en casos aislados, la jurisprudencia nacional ha sostenido que la no publicación o la indebida publicación o notificación, implica nulidad del acto por vicios de forma. De esta manera se provoca el control de dichas irregularidades a través de las acciones típicas de los actos administrativos.

"El solo hecho de que el acto no ha sido promulgado permitiría concluir que no está vigente y por tanto que no puede ser materia de juicio, tal como recientes doctrinas del Consejo lo han establecido. Sin embargo, tales doctrinas han sido adicionadas y complementadas en el sentido de que son admisibles las demandas de actos no promulgados cuando su vigencia depende de tal requisito, porque la experiencia enseña que muchas agencias de la administración son poco celosas en el cumplimiento de las ritualidades que constituyen garantía para los gobernados y que, aunque ello constituya delito, ponen en vigencia y

exigen el cumplimiento de actos con los defectos anotados... en tales casos la demanda debe ser admitida para decidir en la sentencia sobre la nulidad por defectos de forma"⁷⁹.

Esta situación, debemos advertir, no ha sido corriente en la jurisprudencia colombiana, en donde ha predominado criterio diferente, incluso desde el punto de vista del control jurisdiccional^{79A}.

Tesis de la eficacia u oponibilidad

Parte esta tesis de la negación a la teoría anteriormente expuesta. El acto administrativo nace a la vida jurídica una vez que la administración ha adoptado la decisión que habrá de producir efectos jurídicos. En este sentido, las actuaciones o procedimientos de publicación, no son otra cosa, que instrumentos propios de la eficacia del acto y no de la validez del mismo.

El acto administrativo existe como tal, una vez se hayan reunido plenamente los elementos esenciales de su legalidad. La decisión, así permanezca en el interior de la administración, ya es un acto administrativo. La obligación de la administración es publicitar el acto para que surta efectos en el mundo del derecho y no para que nazca a la vida jurídica.

La jurisprudencia actualmente aceptada por el Consejo de Estado, se encauza por los senderos de esta segunda tesis. La notificación ha

79. Consejo de Estado, auto de 11 de septiembre de 1969, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, C.P. Miguel Lleras Pizarro, Anales del Consejo de Estado, núms. 423 y 424, segundo semestre, tomo LXXVIII de 1969, p. 339; este auto modificó la doctrina expuesta mediante sentencia de 29 de agosto de 1969, por la sección primera del Consejo de Estado con ponencia del doctor Jorge de Velasco-Alvarez, publicada en la p. 193 de la misma obra.

79A. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III Auto de abril 17 de 1991, C.P. Julio César Uribe, expediente 6602. Sobre la acción procedente frente a un acto administrativo que no ha sido notificado pero es ejecutado por la administración, sostuvo la Corporación lo siguiente: "...es verdad jurídica que la no notificación o la notificación o comunicación irregular de un acto administrativo, lo hace ineficaz. Por ello cuando él se ejecuta y como consecuencia de esto se causa un daño, la acción procedente es la de reparación directa...".

dicho la Corporación, "...no constituye parte integrante del acto administrativo, sino de un proceso administrativo o judicial y por lo mismo, a falta de ella no le afecta en sí mismo en su existencia. La falta de notificación, no genera la nulidad del acto administrativo, sino que lo hace inoponible frente a terceros..."^{79B}.

"...Si bien es cierto que los actos administrativos no publicados, carecen de obligatoriedad, también es cierto, que la falta de este requisito, tratándose de actos administrativos de carácter general, no constituye causal de nulidad del mismo, como son los actos impugnados y sólo constituye falta de oponibilidad del acto a los particulares, o en otras palabras, falta de obligatoriedad para los mismos. Así, ha de tenerse en cuenta que la publicación del acto, no es requisito para su validez, siempre y cuando en su dictación se hayan guardado todas las normas a las que debió sujetarse, y sólo es causal de inoponibilidad a los particulares. En cambio sí es oponible a la propia administración..."^{79C}.

Esta tesis ha sido el producto de la interpretación de los textos legales colombianos, sobre el acto administrativo, que para todos los efectos, hablan de no notificación o publicación del acto, es decir, reconocen su existencia de manera anticipada a la publicación o notificación. (Arts. 43 y 44 Decreto 01 de 1984, Ley 57 de 1985).

Teoría intermedia

Denominamos teoría intermedia, la tesis elaborada por el Consejo de Estado, y que frente al problema de la publicitación del acto administrativo, acepta la existencia del mismo independientemente de su publicitación, pero alejándose del concepto de oponibilidad, admite la posibilidad de que sea impugnado por terceros a través de las acciones propias de los actos administrativos. Tiene su origen esta

^{79B}. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Auto de octubre 24 de 1990. C.P. Diego Younes Moreno. Exp. 5298.

^{79C}. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Auto del 23 de octubre de 1991. C.P. Alvaro Lecompte Luna. Exp. 6121.

teoría en la sentencia del 11 de octubre de 1990, de la Sección I de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Tiene fundamento la apreciación del ponente en la redacción misma de algunos textos de carácter positivo, los cuales admiten la posibilidad de proceder ante la jurisdicción contenciosa, no sólo cuando el acto ha sido publicado, sino también cuando se ha ejecutado independientemente de su publicitación. Específicamente los Arts. 136 y 139 del Código Contencioso Administrativo, indican respectivamente que no hay necesidad de acreditar la publicación del acto para efectos de la caducidad de las acciones y que "...a la demanda deberá acompañar el actor, una copia del acto acusado con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso...".

Tuvo como base el pronunciamiento algunas elaboraciones previas de la misma sección I, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, específicamente el auto del 4 de mayo de 1990, con ponencia del mismo Consejero Rodríguez, en el cual se había sostenido lo siguiente: "...es cierto que el Consejo de Estado en diversas ocasiones, entre ellas las providencias del 6 de junio de 1986 y del 25 de septiembre de 1987, citadas por el *a - quo*, de las que fue ponente el consejero doctor Guillermo Benavides Melo, quien ha considerado que existía falta de jurisdicción para conocer de las demandas de nulidad de actos administrativos generales que no habían sido publicados". "...no obstante, agrega la providencia, frente a la nueva redacción de los Arts. 136 y 139 del Código Contencioso Administrativo, es factible intentar una acción nulidad contra un acto administrativo no publicitado"...la acción de nulidad puede ejercitarse, en cualquier tiempo, a partir de la expedición del acto. Por lo mismo, la Sala considera que el Art. 139 del C. C. A., puede ser interpretado válidamente en el sentido de que, en relación con los actos administrativos generales, el requisito que "...es del caso, puede ser la constancia de su ejecución cuando el acto no ha sido publicado, con mayor razón si se tiene en cuenta que el mismo artículo, en su inciso 4o. prevé que ...cuando el acto no ha sido publicado ...se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma".

La anterior tesis, que si bien es cierto sirvió para llegar a la conclusión de que es posible la acción de nulidad contra actos generales no publicados, sirvió así mismo de base para la providencia del 11 de octubre de 1990, en el sentido de que para el ejercicio de la acción de nulidad contra un acto de carácter general, no es indispensable ni su publicación, ni mucho menos acreditar su ejecución.

La nueva tesis tiene por sustento las siguientes apreciaciones "...en efecto, como ya se expresó, de acuerdo con el texto actual del Art. 136, del C. C. A., la acción de nulidad, "podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto". Esta contundente afirmación de la ley permite concluir, por sí misma, que el ejercicio de la acción pública sólo está condicionado a que el acto administrativo haya sido expedido, independientemente de que haya sido o no publicado, y aún de que haya sido o no ejecutado. Está bien, y es lógico que así sea, porque no existe razón válida para que el ciudadano interesado en mantener la vigencia del orden jurídico, tenga que esperar a que el acto que considera ilegal, sea publicado o ejecutado para poder impugnarlo. Por el contrario, es sano desde el punto de vista del control de la legalidad, que los ciudadanos puedan acudir a los órganos jurisdiccionales tan pronto el acto sea expedido, pues ello permite acercarse a la posibilidad ideal de que, en caso de ser el acto manifiestamente ilegal, sus efectos puedan ser suspendidos aún antes de que empiece a ser aplicado y se disminuyan así, al máximo, los perjuicios sociales que puedan derivarse de la aplicación de ese acto ilegal... lógicamente debe hacerse notar que lo anterior no excluye de ninguna manera la obligación a cargo de la autoridad correspondiente de publicar los actos administrativos generales, y la imposibilidad de ejecutarlos mientras dicha obligación no se haya cumplido, de conformidad con las normas vigentes sobre publicidad. Lo que sucede es que esta obligación de publicarlos y la prohibición de ejecutarlos, no obstan para que la acción de nulidad pueda iniciarse independientemente de ellas..."^{79D}.

^{79D}. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I Sentencia del 11 de octubre de 1990, C.P. Libardo Rodríguez, Exp. 1051.

Esta tesis no ha sido uniforme, véase posición contraria entre otras providencias posteriores de la misma sección. Auto del 11 de octubre de 1991, Expediente 1841 C.P.: Miguel González Rodríguez.