

**CAPITULO DECIMOPRIMERO
VICIOS DE LOS ELEMENTOS EXTERNOS
DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

1. Generalidades	291
2. Vicios por incompetencia del sujeto activo	292
- Incompetencia <i>ratione materiae</i>	293
- Incompetencia <i>ratione loci</i> o territorial	294
- Incompetencia <i>ratione temporis</i>	296
- Incompetencia en razón del grado de horizontalidad	296
- Incompetencia en razón del grado de verticalidad	297
- Competencia de los funcionarios del hecho	298
3. Vicios de la voluntad del sujeto activo	300
- Teoría del error en la voluntad administrativa	301
- Error de hecho	302
- Error en la persona	303
- Error en la naturaleza del acto	304
- Error sobre el objeto del acto	305
- Error sobre los motivos del acto	305
- Error en la sustancia	305
- Error de derecho	306
- La fuerza como vicio de la voluntad administrativa	308
- Elementos de la fuerza	311
- <i>Metus atrox</i>	311
- <i>Contra bona mores</i>	312
- <i>Metus praesens</i>	313
- Tipos de fuerza	313
- El dolo como vicio de la voluntad administrativa	314
- Teoría objetiva de la influencia externa sobre la administración	314
- Teoría subjetiva de la formación interna del dolo en la voluntad del sujeto actor de la administración	315
4. Vicios de forma o de procedimiento del acto administrativo	316
5. Vicios por desconocimiento del debido proceso. Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa	319

CAPITULO DECIMOPRIMERO

VICIOS DE LOS ELEMENTOS EXTERNOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO ²³²

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Vicios por incompetencia del sujeto activo. Incompetencia *ratione materiae*. Incompetencia *ratione loci* o territorial. Incompetencia *ratione temporis*. Incompetencia en razón del grado de horizontalidad. Incompetencia en razón del grado de verticalidad. Competencia de los funcionarios del hecho. 3. Vicios de la voluntad del sujeto activo. Teoría del error en la voluntad administrativa. Error de hecho. Error de derecho. La fuerza como vicio de la voluntad administrativa. Elementos de la fuerza. *Metus atrox*. *Contra bona mores*. *Metus praesens*. El dolo como vicio de la voluntad administrativa. Teoría objetiva de la influencia externa sobre la administración. Teoría subjetiva de la formación interna del dolo en la voluntad del sujeto actor de la administración. 4 Vicios de la forma o de procedimiento del acto administrativo. 5. Vicios por desconocimiento del debido proceso. Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

1. GENERALIDADES

Trataremos en el presente capítulo los vicios afectantes del acto administrativo en sus elementos externos; éstos son: vicios referentes

232. Vid, Altamira, Pedro Guillermo. *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1971, pp. 357 y ss.; Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit.*, supra nota 20, pp. 300 y ss.; Younes Moreno, Diego. *Derecho administrativo laboral, función pública*, Bogotá, Editorial Temis, 1985, pp. 100 y ss. Puede consultarse igualmente la bibliografía incluida en el capítulo Décimo de esta obra, la cual consideramos como básica.

al sujeto activo del acto, los cuales se concretan especialmente en su competencia y en su voluntad -vicios por incompetencia del sujeto activo y vicios de la voluntad del sujeto activo-; en segundo lugar, los vicios propiamente de las formas o procedimiento del acto administrativo, y por último, los vicios generados a partir del desconocimiento del debido proceso, en especial la nueva causal de anulación introducida por el Decreto 2304 de 1989 sobre el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

2. VICIOS POR INCOMPETENCIA DEL SUJETO ACTIVO

Tanto la Constitución, la ley o el reglamento, asignan de manera estricta y taxativa las competencias de cada uno de los órganos de la administración pública. Así lo manda nuestra Carta fundamental cuando indica en los artículos 6, 121 y 122 el principio de la legalidad formal que aplicada a la función pública, significa una sujeción estricta y reglada a la competencia constitucional y legal. En este sentido, para que exista una actuación administrativa válida tendiente -como todas las actuaciones de los poderes públicos- al bien común, necesariamente se le debe haber asignado a cada organismo y a cada funcionario su porción del obrar estatal.

No resulta admisible la existencia de servidores públicos que pretendan cumplir con los cometidos estatales de acuerdo con sus propios pareceres o criterios. Las normas superiores deben haber provisto a la totalidad de los organismos y servidores públicos de sus respectivas competencias.

Admitido este principio fundamental y básico del Estado de derecho, no nos queda más que afirmar la necesaria naturaleza presupuestal de la competencia para la actuación de los órganos y de los sujetos administrativos. Razonamiento que nos permite sostener que el vicio de la incompetencia, también conocido como el abuso o exceso de poder²³³, consiste primordialmente en la materialización de cualquiera

233. Se identifica el vicio de la incompetencia con el exceso de poder, en cuanto se considera que este último fenómeno implica la extralimitación de atribuciones y potestades del órgano administrativo. Véase a este respecto, Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31,

de los mecanismos de manifestación de la administración, sin la observancia de las reglas estrictas de competencia positivizadas en las normas superiores²³⁴.

La situación anterior engendra, indudablemente, lo que con razón denomina Vedel: la "ineptitud del agente" administrativo, es decir, su imposibilidad de lograr actuaciones administrativas válidas²³⁵.

En el derecho positivo colombiano, a diferencia de otros ordenamientos, no se hacen gradaciones respecto de los efectos de la incompetencia. Entre nosotros, la incompetencia es una sola y produce un solo efecto: la nulidad del acto. No obstante, en razón a los eventos en que se estructura, la podemos clasificar en las siguientes clases: en cuanto a la materia; el territorio; el tiempo; el grado de horizontalidad; el grado de verticalidad; por usurpación de poder; por la presencia de funcionarios de hecho. La anterior clasificación no es excluyente, por lo que la existencia de un vicio cualquiera puede ser adecuada a varias de las modalidades indicadas²³⁶.

Incompetencia *ratione materiae*

Se caracteriza esta incompetencia en razón a que se concreta sobre la materia u objeto específico del acto (en este sentido, Forsthoff se pronuncia por vicios de la competencia objetiva)²³⁷. Esto es, sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de

p. 85. No obstante, Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 432, limita su alcance a aquellos casos en que el "órgano administrativo actúa ejerciendo potestades de que carece y que tampoco tiene ningún otro órgano de la administración... el órgano sobrepasa los límites de su competencia sin invadir competencia ajena...". En nuestro concepto, el llamado exceso o abuso de poder, es un término genérico con el que fácilmente se puede identificar a cualquiera de los vicios invalidantes del acto administrativo, no sólo el vicio de incompetencia.

234. Fiorini, Bartolomé, A. Derecho administrativo, Buenos Aires, tomo I, Abeledo, Perrot, 1976, p. 494; con razón indica este autor que: "... el vicio de incompetencia es violación normativa exclusivamente...".

235. *Cfr.*, Vedel, Georges. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 490.

236. Altamira, Pedro Guillermo. *Op. cit.*, *supra* nota 232, p. 357 y ss.

237. Forsthoff, Ernst. *Op. cit.*, pp. 318 y 320.

la administración. Constituye la regla general en materia de incompetencia; puede decirse que, en su mayoría, las otras modalidades de incompetencia, son especificidades suyas.

En sentido estricto, podemos identificar la incompetencia en razón de la materia, comprobando "si el acto considerado está incluido en la lista de las decisiones permitidas al órgano administrativo"²³⁸.

Esta incompetencia puede depender de las siguientes circunstancias:

- El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de competencias que carecen;
- El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de competencias inexistentes para cualquiera de los órganos de la administración, y
- Exceso en las competencias delegadas.

Incompetencia *ratione loci* o territorial

Como su nombre lo indica, es el ejercicio de competencias con violación de las circunscripciones territoriales o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario de la administración pública; puede depender de las siguientes circunstancias:

- Por proferirse actos, por una autoridad administrativa, para que surtan efectos en el espacio territorial de otra; como lo indica Escola, en estas oportunidades el "órgano pretende ampliar su ámbito de acción dictando actos que sean aplicables o produzcan sus efectos naturales fuera de los límites territoriales que tienen señalados..."²³⁹.
- Por proferirse, por una autoridad administrativa, decisiones por fuera de las demarcaciones geográficas de la entidad a que pertenece; se configura el vicio porque, a no dudarlo, la capacidad o competencia orgánica va unida indisolublemente a la jurisdicción territorial²⁴⁰. En

238. Cfr., Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit.*, supra nota 20, p. 349.

239. Cfr., Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, supra nota 31, p. 84.

240. Cfr., Forsthoff, Ernst. *Op. cit.*, p. 318.

ambas oportunidades, como lo indica la doctrina tradicionalmente, se configura una usurpación interorgánica entre entidades de un mismo rango (ejemplo: entre municipios, entre departamentos).

En derecho colombiano, se podría presentar este tipo de vicios entre organismos con un marco territorial definido para el ejercicio de sus atribuciones. Entre otros encontramos los pertenecientes a la llamada descentralización territorial a los que la ley ha otorgado un ámbito de actuación específico.

Debemos, para efecto de una mayor claridad, a propósito de este ejemplo, diferenciar en esta oportunidad los fenómenos de la desconcentración y de la descentralización, admitidos constitucionalmente en el Art. 209, pues con el primero de ellos se estructuran algunas situaciones de excepción que no pueden considerarse como vicios por incompetencia territorial. De acuerdo con la primera de dichas instituciones, encontramos algunas actividades realizadas en el territorio de las entidades territoriales, a nombre de la nación, sin que se presente irregularidad alguna en razón a que la desconcentración es otra de las modalidades del ejercicio de competencias administrativas. Este evento se daría principalmente por vía de la delegación.

La nación, de manera general, tiene jurisdicción (en consecuencia, ejerce competencias) en todo el territorio de la República. Las entidades territoriales, por el contrario, las que les corresponden, las deben ejercer de manera restrictiva al interior de sus territorios, sin posibilidad de que sus competencias desborden sus marcos fronterizos y se ejerzan desconcentradamente en otras jurisdicciones.

Sucede lo anterior por la forma concreta y específica en que la Constitución y la ley han limitado los ámbitos territoriales de las entidades con la concreta finalidad de que sólo en este territorio sean desarrolladas sus competencias y en razón al carácter eminentemente jeraquizado, en consecuencia, de absoluto respeto de la legalidad con que actúa la desconcentración; impidiendo esta característica que la administración de las entidades puedan ampliar a *motu proprio* sus esferas de acción.

Incompetencia *ratione temporis*

Se presenta en los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario deben ser ejercidas bajo condición temporal. Estaremos frente a una incompetencia de esta clase, cuando dichas competencias son ejercidas en las siguientes oportunidades: Antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión.

Casos concretos del ejercicio de competencia bajo condición temporal los encontramos en las estipulaciones que, sobre administración departamental y municipal, consagra la Constitución política y sus respectivos desarrollos legales. En especial, en lo que tiene que ver con el ejercicio de precisas funciones que de manera temporal le son otorgadas por Asambleas y Concejos a los gobernadores y alcaldes respectivamente.

Estas funciones corresponde ejercitarlas en el período de tiempo *-pro-tempore-* que el mismo acto que las confiere determina; de no ser así, el acto que se expida estaría incurso en la causal que nos ocupa.

Incompetencia en razón del grado de horizontalidad

En estos casos se configura el vicio en razón de la violación, por parte de la administración, de la independencia funcional de que gozan los poderes Legislativo y Judicial. Como lo expusimos a propósito de los vicios por violación de la Constitución, estamos ante evidentes usurpaciones funcionales pero vía por desconocimiento de competencias legales. El órgano administrativo en estos casos, invade el ámbito de acción de algunas de las ramas del poder público; ejemplo de ello lo encontramos en los casos en que el Ejecutivo resuelve destituir al secretario general de la Cámara de Representantes o del Senado de la República, o cuando mediante decreto designa al contralor o procurador general de la nación, funciones éstas claramente asignadas a las respectivas cámaras del Congreso Nacional; o cuando

el Ejecutivo, sin las facultades de que trata el numeral 10 del artículo 150, de la Constitución Política, resuelve legislar en los asuntos que de manera general corresponden al Congreso Nacional.

Igual situación se presenta frente al Poder Judicial; serían nulos aquellos actos de la administración pública que se arroguen competencias tanto administrativas como jurisdiccionales de esta rama del poder público. No puede el Ejecutivo, por ejemplo, nombrar o destituir jueces o magistrados, designar dignatarios de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado o, dado el caso, administrar justicia porque ésta es competencia del poder judicial.

Estos vicios de incompetencia, en razón de la horizontalidad, pueden darse asimismo al interior de la administración pública, en aquellos casos en que uno de sus órganos invada las funciones administrativas de otro; por ejemplo, cuando el ministro de Hacienda profiere un acto administrativo de los que corresponde dictar al ministro de la Defensa Nacional; o cuando el superintendente de sociedades ejercita funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Lo característico de este tipo de anormalidades de la competencia, es que se da entre organismos a los que no los liga de ninguna manera un grado de jerarquía; actúan en la administración pública nacional de manera paralela, o corresponden a diversas ramas del poder público.

Incompetencia en razón del grado de verticalidad

Al contrario de lo anterior, en este tipo de incompetencia existe algún grado de jerarquización entre los organismos y entre los sujetos de la administración pública en los cuales se presenta la usurpación funcional. Al introducirnos en el presente acápite de la incompetencia, fuimos claros al señalar el carácter de normas de derecho público -en consecuencia inmutables por parte de la administración-, que tienen aquellas normas que determinan las competencias administrativas.

La competencia no puede ser modificada sino por quien la ha instituido. Consecuentes con este planteamiento, bástenos indicar que el grado

de jerarquía existente entre funcionarios administrativos o entre organismos de la administración pública, no los faculta para variar la competencia establecida por normas superiores. El superior jerárquico, salvo excepciones contempladas en la ley o reglamento que determine la competencia, no podrá asumir las que correspondan a su inferior, mucho menos el inferior atribuirse las de su superior.

Ejemplo típico a nivel nacional lo encontramos en aquellas hipótesis en que el presidente de la República resuelve nombrar o destituir alcaldes municipales, función que ejercen los gobernadores de departamento. A nivel interno, por ejemplo, en aquellas eventualidades en que un jefe de sección o un director administrativo resuelve ejercer las funciones otorgadas por el reglamento o la ley al jefe de Personal o Director de Vigilancia.

Competencia de los funcionarios del hecho

Se trata de una interesante excepción a la teoría de la incompetencia. En nuestro medio, el funcionario de hecho, es un servidor público que no genera, respecto de los actos que produzca, vicio alguno en razón de las deficiencias con que ejerce el cargo. Se presenta en los casos de existir un funcionario público, el cual aparentemente ejerce las funciones públicas que le corresponde como si fuese un verdadero funcionario, creando tal impresión al conglomerado social, no obstante existir en sus condiciones o procedimientos de designación graves violaciones de la ley²⁴¹. Al respecto la doctrina indica lo siguiente:

... la situación jurídica de titular de atribuciones del Estado solamente se adquiere por el individuo investido de un cargo público en los términos que las leyes determinan... el costo de nombramiento o de elección del funcionario o empleado público, condicionará para éste la atribución en la situación jurídica referida y la posibilidad legal de asumir todas las facultades y obligaciones del cargo para el cual ha sido investido...²⁴².

241. Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 300. "Se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario..."; Fraga, Gabino. *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 158.

242. *Ibidem*.

En este sentido, nuestra legislación ha establecido una serie de requerimientos para tener acceso a los cargos públicos, los cuales deben ser cumplidos en su integridad tanto por los aspirantes como por las autoridades nominadoras. Los requerimientos se pueden resumir en los siguientes: calidades genéricas, calidades específicas para el acceso a la administración pública, inhabilidades, incompatibilidades e inelegibilidades y mecanismos constitucionales y legales de provisión de empleos. De por sí se busca, con el cumplimiento de estos requisitos, no sólo la seguridad jurídica propia de toda sociedad organizada, sino también eficiencia e idoneidad en el desempeño de todas aquellas funciones que pretenden el bien común de la sociedad. Sin el lleno de estos presupuestos en los términos que indica la norma sobre la función pública no se puede proveer un cargo. De hacerse, se configuraría el fenómeno del funcionario de hecho. En igual sentido, se sostiene la existencia de un servidor público de estas características en todos los casos en que se ejerza un empleo sin el lleno del cumplimiento de los requisitos constitucionales o legales.

Es, pues, en este contexto, que los funcionarios públicos adquieren su condición de tales. No se podrán considerar como “funcionarios legítimos o *de jure* los individuos que hayan ingresado a dichos cargos sin sujetarse a las leyes respectivas”²⁴³.

En consecuencia la teoría del llamado funcionario de hecho se refiere exclusivamente, *ab initio*, al modo de ingreso a la función pública; *a posteriori*, a los efectos de sus actos en el mundo jurídico.

Es precisamente en este campo donde surte efectos evidentes el planteamiento hecho; de manera general pudiéramos decir que si el acto ha provenido de un funcionario incompetente, estaría totalmente viciado de nulidad por esta circunstancia. No obstante, la doctrina tradicionalmente ha considerado que no siempre la actividad desarrollada por este tipo de funcionarios podrá considerarse violatoria de la legalidad. Efectivamente, se ha considerado, y en este sentido compartimos ampliamente el planteamiento, que los actos proferidos

243. Cfr., Fraga, Gabino. *Op. cit.*, p. 158.

por los funcionarios de hecho en cuanto a sus efectos frente a terceros, no se tendrán como irregulares, en cuanto la "investidura plausible" del sujeto que detenta el cargo público hace que amerite la credibilidad de los asociados sobre su validez.

La apariencia de legalidad con que un funcionario de esta clase ejerce un cargo previamente establecido, sumada a la presunción de legalidad que el común de la gente encuentra en las actuaciones de la administración pública, hace que los errores de ésta no se trasladen como cargas generales que la comunidad deba soportar. En el caso de regímenes institucionales normales, anota Sayaguez Laso, "... el fundamento esencial radica en el interés de la administración de que los particulares, sin averiguaciones previas, admiten como regularmente investidos a los funcionarios y por lo tanto capacitados para realizar válidamente los actos propios de sus funciones..."²⁴⁴.

Debemos agregar que las razones de conveniencia, para la necesaria conservación de la credibilidad institucional y certeza jurídica las cuales el Estado debe procurar frente a los particulares, hacen inevitable que las actuaciones de los funcionarios de hecho constituyan importante excepción, en cuanto a la configuración de vicios por incompetencia.

Entre nosotros, la doctrina está acorde con los anteriores razonamientos. El profesor Betancur Jaramillo indica, precisamente, que en determinadas eventualidades, "... La teoría del funcionario de hecho... permite que sus actos puedan ser asimilados a los expedidos por agentes legalmente investidos de autoridad..."²⁴⁵.

3. VICIOS DE LA VOLUNTAD DEL SUJETO ACTIVO

Los elementos causales de las irregularidades en la voluntad administrativa no son autónomos desde el punto de vista de las causales de nulidad; la teoría general del derecho nos proporciona sus características, pero en el análisis especial del acto, se deben predicar adecuándolos a las causales de nulidad.

244. Cfr., Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, pp. 303 y 304.

245. Betancur Jaramillo, Carlos. *Op. cit.*, *supra* nota 80, p. 144.

Los conocidos como vicios de la voluntad administrativa se encuentran en inmediata relación con el proceso subjetivo de formación del acto administrativo, por lo que su formación se remonta a las fases internas o externas que son propias de este proceso. En cualquiera de ellas, las causas determinantes del vicio pueden dar lugar a su configuración, la cual se mantendrá hasta que sea declarada su nulidad mediante el ejercicio de las acciones respectivas. El anterior planteamiento no implica que estemos desarrollando en manera alguna la tesis que diferencia entre vicios externos u objetivos e internos o subjetivos del acto; pretendemos, tan solo, sistematizar ambas corrientes, en la medida que aceptamos que las causas de los vicios se configuran en las diversas etapas de la formación de la voluntad, remitiendo los posibles vicios externos de la voluntad a las irregularidades en estricto sentido, procedimentales o formales del acto²⁴⁶.

En consideración a lo anterior, son tres los tipos de causas generantes de los vicios de la voluntad del sujeto activo: el error, la fuerza y el dolo. Estudiaremos cada uno por separado.

Teoría del error en la voluntad administrativa

Sobra advertir que nos referiremos a la teoría del error, respecto de actos de naturaleza unilateral administrativa, estructurados en torno a los procedimientos señalados en la ley para la formación de la voluntad en los órganos administrativos. Desde esta perspectiva, y acudiendo a las directrices doctrinales, podemos indicar que el concepto de error se refiere a la no conformidad entre el fuero o voluntad interna del órgano administrativo y los elementos del

246. Altamira, Pedro Guillermo. *Op. cit.*, *supra* nota 232, pp. 361-363. Los vicios de la voluntad según este autor, desde un punto de vista objetivo, pueden configurarse en los siguientes grupos: vicios en el origen de la voluntad; vicios en la preparación de la voluntad; vicios en la formación de la voluntad. Subjetivamente los clasifica en: desviación de poder, arbitrariedad, error, dolo, violencia, fraude; igual diferenciación hace Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, pp. 85 y ss., quien en primer lugar divide los vicios en externos, grupo dentro del cual ubica los siguientes: los que afectan la preparación de la voluntad administrativa; los que afectan la integración de la voluntad administrativa. En segundo lugar, los divide en internos, en los que se comprenden: el error, el dolo, la violencia.

mundo exterior que le sirvieron de fundamento para la formación de sus criterios; esta discrepancia se proyecta indubitablemente al conglomerado jurídico con su exteriorización²⁴⁷.

Observamos en consecuencia, tres esferas perfectamente determinadas en el concepto de error: La primera se instituye en el interior de la psiquis del órgano administrativo; consiste primordialmente en la concepción que se forma el sujeto sobre una realidad del conglomerado socio-jurídico. La segunda corresponde a la cantidad de elementos del mundo exterior que condicionan la formación de la voluntad administrativa. Por último, la tercera corresponde al plano exterior de la administración: el mundo jurídico en donde se proyecta la inconformidad entre la realidad fáctica y las concepciones del órgano correspondiente.

El error no se puede identificar con la ignorancia de la administración. Mientras el primero corresponde a una idea falseada de la realidad, deducida por la administración, conforme al estudio de algunos elementos que posee, la segunda corresponde a una categoría de falta o carencia absoluta de conocimiento sobre una determinada realidad.

El error podemos clasificarlo en: de hecho y de derecho, cada uno de los cuales admite algunas otras posibilidades.

Error de hecho

Es aquel que depende de la idea que se forma la administración sobre situaciones fácticas, aconteceres, circunstancias, personas, características, cualidades e identidad de las cosas, etcétera. Se

247. La doctrina es prácticamente unánime en este sentido. Veamos algunos conceptos: Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 86: "... La voluntad administrativa se halla viciada, por vía de error, cuando falta la necesaria conformidad entre el concepto formado, respecto de los hechos, condiciones y circunstancias externas al órgano que emitió un acto, y vinculados como antecedentes de éste, y la realidad de dichos hechos, condiciones y circunstancias..."; Gaudemet, Eugene. *Teoría general de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 1984, p. 72; "... puede definirse el error como un desacuerdo entre la declaración de voluntad y la voluntad real..."; Trabucchi, Albert. *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo I, 1967, p. 167: "... Falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto...".

requiere que el grado de error adquiera magnitud de consideración, lo que denomina la doctrina como "condición de esenciabilidad", pues no cualquier error puede perturbar la normal marcha del obrar administrativo.

Se considera que existe "condición de esenciabilidad" cuando el error recae directamente sobre uno de los elementos integrantes del acto administrativo -sujetos, objetos, motivos, etcétera-, o sobre cualidades sustanciales requeridas en una determinada actuación. En este punto debemos recordar la consideración que efectuamos al inicio de esta exposición sobre el carácter general del error; se estructura en la formación de la voluntad, pero puede predicarse con propiedad de algunos otros elementos del acto administrativo.

Acorde con lo anterior, la doctrina ha encontrado diversos casos de error de hecho en los actos administrativos que podemos sintetizar de la siguiente manera:

Error en la persona

Se configura este tipo de error en aquellos actos de naturaleza individual subjetiva o concreta, en razón a que en los de efectos generales resulta indiferente el sujeto destinatario de los contenidos del acto. Procede, según lo indica precisamente Alvarez-Gendin, en aquellos actos en que "...la persona sea circunstancia esencial del mismo..."²⁴⁸. Puede darse, en consecuencia, en aquellas oportunidades en que el agente administrativo ha debido actuar en razón de consideraciones concretas; situaciones éstas que la doctrina distingue como *Intuitus Personae*. Los autores, del error sostiene Josserand, "... presentan el *Intuitus Personae*, como la clave del papel desempeñado por el error que recae sobre la persona...: sólo donde exista, el error cometido reviste el valor de un móvil viciado e implica, por tanto, la nulidad..."²⁴⁹. Errores de estas connotaciones se pueden configurar sobre las calidades, el nombre o razón social, identidad, nacionalidad, estado civil de las personas, e incluso sobre su condición física individual.

248. Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 348.

249. Josserand, Louis. *Op. cit.*, *supra* nota 211, p. 56.

Ejemplos típicos de incursión administrativa en este tipo de error, los advertimos en aquellas eventualidades en que se designa a una persona a un cargo público, para el que se requieren determinadas cualidades, con la seguridad de que esta persona las reúne, o cuando se pretende designar, ejecutar o afectar directamente mediante un acto administrativo a una persona, pero se resulta comprometiendo a un tercero.

Error en la naturaleza del acto

Constituye hipótesis extrema. Se configuraría en los casos en que, correspondiendo a la administración proferir un acto de determinadas características, v. gr., reconocimiento de pensión, expide uno radicalmente diferente, como, por ejemplo, designando al particular objeto del reconocimiento de la jubilación a un cargo público. La doctrina, tradicionalmente, ha considerado este tipo de error como excluyente de la voluntad administrativa; es un error tan grave, sostiene Gaudemet, que la voluntad no existe²⁵⁰; constituye un claro ejemplo del denominado error-obstáculo u obstativo, en la medida que hace ostensible una divergencia -consciente o inconsciente- entre la voluntad y su declaración, haciendo de esta última un evidente absurdo.

Considera Betti, como posibles causas de una discrepancia de esta magnitud, la distracción, el descuido o la ignorancia del funcionario público al que corresponda adelantar la actuación²⁵¹. Por último, como el calificativo doctrinal lo indica, este error, que más que eso es un verdadero descuido, determina la presencia de un impidente u obstáculo para el surgimiento de la verdadera voluntad de la administración pública.

Josserand va mucho más en sus apreciaciones, y considera que un error de estas características "... entraña la inexistencia del acto..." debido a que no solamente corrompe la voluntad, sino que la destruye, "... el acto se reduce a las proporciones de un simple error, se convierte en la nada..."²⁵².

250. Gaudemet, Eugene. *Op. cit.*, p. 73.

251. Betti, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 155.

252. Josserand, Louis. *Op. cit.*, p. 48.

Error sobre el objeto del acto

Existe este tipo de anormalidad en la voluntad de la administración, en aquellos casos en que se materializa el error respecto de la existencia o identidad del objeto. De esta manera, la voluntad exteriorizada pretende surtir sus efectos sobre un objeto que en su proceso de elaboración no identificó plenamente o creyó erradamente en su existencia, resultando, al momento de la ejecución de lo ordenado que, por ejemplo, se esté afectando a un servicio de carácter público, un bien de propiedad privada, u ordenando la reparación locativa de un inmueble público que no existe.

Error sobre los motivos del acto

En estos casos, la administración se equivoca internamente sobre los motivos que la inducen a producir su actuación; por esta razón, fundamenta el acto que ha de exteriorizar, con motivos que no corresponden con la realidad fáctico-jurídica. En estos casos y como lo estudiaremos al hablar de los vicios en los motivos del acto, debemos diferenciar con toda claridad cuándo estamos en presencia de una errada motivación y de una falsa motivación.

Error en la sustancia

Corresponde a una modalidad de error nulidad o error vicio, que se caracteriza primordialmente, como lo señala Pugliatti, "... en una falsa representación que determina al sujeto a querer en un determinado modo; la voluntad existe y corresponde a la declaración... está viciada en su formación..."²⁵³.

En concreto, el error sobre la sustancia se refiere a aquella esencia del objeto que conduce a la administración a proferir un acto administrativo; es decir, a las cualidades indispensables que orientan de manera primordial la voluntad de los órganos públicos, sin las cuales no hubiere sido posible que exteriorizare su querer interno. Ejemplos típicos de esta especie de error los encontramos en los

253. Cfr., Pugliatti, Salvador. *Introducción al estudio del derecho civil*, México, Editorial Porrúa Hnos., 1943, p. 266.

eventos en que la administración expide una autorización para un determinado espectáculo público que ella cree apto para todos los públicos; pero en la realidad, el espectáculo es de aquellos que ameritan restricciones para su auditorio.

Error de derecho

Es otra de las modalidades de la teoría del error aplicables al acto administrativo, no obstante, las concepciones doctrinarias que pretenden encontrar en razón de sus efectos un solo tipo de error²⁵⁴. Consideramos, por sus especiales características, que el error de derecho merece tratamiento particularizado.

Se caracteriza porque determina una errónea formación de la voluntad, en razón a que la información legal del sujeto actor se encontraba falseada en cuanto a su existencia o interpretación. No es excusable para la administración el desconocimiento del ordenamiento legal al que debe someter sus decisiones; por su misma naturaleza normativa, la administración pública debe conocer y manejar correctamente el ordenamiento positivo.

Dentro de este contexto, consideramos que tratándose de actos administrativos, el error de derecho puede traducirse en cuatro modalidades específicas: Por violación directa del orden positivo; falsa interpretación del orden positivo; errónea interpretación del orden positivo, y violación por aplicación indebida del orden positivo.

En cuanto a la primera, se configura la irregularidad en las eventualidades en que, con conocimiento o sin éste, el órgano administrativo competente para desarrollar la respectiva actividad ejercita la misma como si la norma no existiera. Se produce, en consecuencia, una inaplicación directa de las normas superiores que corresponden, provocando de hecho un vacío que es llenado de manera arbitraria por las autoridades. (Situación intolerable si se

254. Josserand, Louis. *Op. cit.*, pp. 32 y ss.

tiene en cuenta la configuración del principio de legalidad en el Estado de derecho y sus implicaciones frente a la defensa de los derechos generales o subjetivos de los asociados). Se produce, bajo estas circunstancias, no sólo el rompimiento de la legalidad con su consecuente paso a la inestabilidad jurídica, sino también la agresión directa a los particulares que se encuentren comprometidos con el acto así expedido.

Hay error de derecho por falsa interpretación del ordenamiento positivo cuando la administración acude a los preceptos legales aplicables a la situación fáctica correspondiente; pero de manera consciente e interesada, acomodada, amañada o torcida, incursionando abiertamente en los senderos de conductas dolosas, le da a la respectiva norma una interpretación que no corresponde a la realidad. A pesar de conocerse el alcance que debía otorgarle a su decisión, de acuerdo con el contenido del precepto legal, le da uno diferente al que racionalmente se puede desprender de su texto.

La actuación así concluida, en nuestra opinión, es claro ejemplo no de un acto viciado por error, sino, por el contrario, de dolo -no obstante los criterios doctrinales que lo identifican como modalidad del error-. Por lo tanto, será objeto de estudio en el apartado correspondiente a este modo de irregularidad.

Al contrario de la falsa interpretación, el funcionario u órgano se encuentra estimulado a otorgarle a la errónea interpretación un determinado sentido a la normatividad aplicable, en razón a que, de acuerdo con las circunstancias de la actuación, lo mismo que a la poca claridad o amplitud de las leyes éste considera la errónea interpretación como el camino más lógico a seguir en la interpretación de la base legal. No median en estos eventos intereses particulares que puedan inducir a decisiones irregulares; es problema en estricto sentido jurídico el que origina el error.

La última de las posibilidades planteadas es la que se refiere a la aplicación indebida del ordenamiento positivo. Hay violación en estas oportunidades por dos muy corrientes situaciones: Aplicación

de normas derogadas y aplicación de normas que no correspondan al caso concreto. En la primera situación, el funcionario acude a regulaciones legales que han perdido su vigencia por derogatoria, declaratoria de inexecutable o de legalidad, o suspensión provisional; de inmediato, el acto administrativo se torna irregular y potencialmente nulo, susceptible de ser recurrido o demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La segunda situación se configura cuando la decisión administrativa se funda en un complejo normativo improcedente. Las normas invocadas por la administración, regulan aspectos totalmente diferentes a los que tiene por objeto el acto administrativo.

La violación, por indebida aplicación normativa, puede darse, o por desconocimiento, ignorancia o por evidente actuación dolosa o interesada, del sujeto agente de la administración.

La fuerza como vicio de la voluntad administrativa

Constituye el presente tema uno de los más controvertibles en cuanto a su aplicación al ámbito de la voluntad administrativa. La fuerza, violencia, temor intimidación o como quiera llamársele, no ha recibido acogida unánime por parte de la doctrina administrativa. Se sostiene, insistentemente por sus detractores, la imposibilidad de que el Estado o alguno de sus órganos, en especial el administrativo, como portadores de la fuerza y coacción que implica su magnitud y soberanía, puedan ser objeto de presiones violentas que determinen su voluntad.

De configurarse la fuerza sobre la administración, implicaría el quiebre de las estructuras estatales; el resquebrajamiento del poder organizado que representa el Estado moderno²⁵⁵. No obstante, el desarrollo histórico de las relaciones políticas, ha demostrado que la violencia ha sido en muchos casos determinante de decisiones administrativas, algunas veces generales y en otras particulares. Violencia que obtiene para el sujeto activo de la misma, beneficios insospechados.

255. Al referirse a este sector doctrinal, explica Escola sus posiciones: "... no se comprende cómo la administración puede ser, en sí misma, objeto de violencia, intimidación o fuerza, precisamente cuando es ella la que ostenta, frente a los administrados, una posición prevalectante, contando incluso con medios de coacción legal..." (p. 88).

Tanto en las presiones para obtener pronunciamientos de interés general como en los que buscan finalidades particulares, los actos emanados de una voluntad así violentada son irregulares, viciados en su fuente original: Aplicando las elaboraciones doctrinales a esta forma perturbadora de la voluntad administrativa –especialmente las realizadas por los ius-privatistas–, encontramos que la figura de la violencia o intimidación evoca la idea de una presión ejercida sobre la autoridad administrativa, pretendiendo determinar su voluntad en uno u otro sentido; es decir, debe materializarse concretamente sobre la persona natural o física que actúe a nombre de la administración. Es sobre el sujeto que interpreta y realiza el objeto de la administración pública sobre quien debe recaer la injusta y violenta actividad del asaltante a la voluntad administrativa.

No obstante, la violencia no es más que el medio para obtener un fin. Se sostiene con razón, que no es propiamente el acto de fuerza el que origina el vicio de la voluntad administrativa; todo lo contrario es el temor engendrado en el agente de la administración el que vicia verdaderamente la voluntad; la idea de peligro o daño que se infunde en la autoridad es la que induce al nacimiento de una voluntad no libre, en consecuencia, notablemente viciada de nulidad. Una voluntad forzada en sí misma es una contradicción.

La intimidación ejercida sobre el sujeto debe ser exterior a éste. Puede emanar de otro funcionario público de igual, inferior o superior jerarquía que por motivos personales o en representación de terceros tenga interés en que el pronunciamiento administrativo se profiera en uno u otro sentido; así mismo, puede suscitarse la intimidación en el sujeto pasivo del acto, pretendiendo adecuar la manifestación de voluntad a sus oscuros intereses; por último, puede darse en cualquier individuo que por razones semejantes a las expuestas esté interesado en determinar la orientación del acto administrativo.

Los caracteres de la fuerza han sido regulados en el Código Civil: el artículo 1513 del estatuto privado, establece con claridad que “la fuerza no vicia el consentimiento”; por “consentimiento” debemos entender “voluntad”, por tratarse, en el caso de los actos

administrativos, de carácter unilateral, "sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género, todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de los ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave...". Agrega el Código que: "el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento". Explicando la disposición, ha dicho la Corte Suprema que:

"... hay que considerar la fuerza en sí misma y en relación con la persona sobre la cual se ejerce. En orden al acto mismo de la fuerza, los expositores admiten que no es necesario que se realice el acto material de ella, sino que puede ser suficiente la amenaza, ésta debe ser de tal naturaleza que inspire a la persona amenazada un vivo temor..."²⁵⁶.

Agregó, en posterior providencia, la Corporación que: "... Así, pues, la nulidad del Acto jurídico realizado en virtud de la violencia la estatuye nuestro derecho civil en razón del temor experimentado por la víctima..."²⁵⁷.

Este temor se torna eficaz para las aspiraciones del opresor en la medida en que, como lo indica la Corte, sea portadora del elemento *coacta voluntas* que, según los romanos, "...consiste en la fuerza de que se usa contra alguna persona para obligarla a hacer lo que no quiere por medios a los cuales no puede resistir. Es una presión sobre el ánimo, que influye de una manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente de la fuerza..."²⁵⁸.

256. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de febrero 9 de 1932, Gaceta judicial, tomo XXXIX, p. 463.

257. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de octubre de 1939, Gaceta judicial, tomo XLVIII, p. 720

258. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, auto de junio 9 de 1943, Gaceta judicial, tomo LV, p. 533.

Complementa este régimen jurídico de la fuerza el artículo 1514 del Código Civil cuando establece que: “para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento” -debe entenderse voluntad-. De esta forma podemos concluir que reuniéndose los anteriores elementos, para el caso de la administración, la voluntad de ésta no podría entenderse como formada válidamente. Es más, a la luz de las causales de nulidad de los actos administrativos, situaciones como éstas podrían fácilmente ser tratadas, como casos típicos de desvío de poder, en la medida en que no se cumplen con las finalidades del Estado, sino con las finalidades particulares y mezquinas de quien presiona a la administración.

Elementos de la fuerza

Tratándose de los actos administrativos, encontramos -en este asunto de nuevo acudiendo a la doctrina iusprivatista- la existencia de tres elementos o circunstancias características: *Metus atrox*, *contra bona mores*, y el *metus praesens*.

Metus atrox

Consiste en la necesaria intensidad o gravedad de que debe ser portadora la fuerza o violencia realizada sobre el funcionario público con el fin de infundirle el temor suficiente como para determinar su voluntad. No obstante, el grado de *metus atrox* no puede ser medido independientemente de las condiciones subjetivas del individuo sobre el que se realiza; en este sentido consideramos aceptables para el derecho administrativo las apreciaciones que al respecto hace el artículo 1513 del Código Civil.

Refiriéndose a ellas, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que este requisito “...mira a la intensidad del Acto violento y a la repercusión de éste en el ánimo de la víctima. Corresponde, por tanto, al juez ponderar en cada caso esa intensidad de la fuerza y de sus efectos, atendiendo para ello a los criterios que señala el texto legal citado...”

esto es, el sano juicio de la persona, sus condiciones físicas y de edad -la de sexo, en nuestro criterio, no es lo suficientemente determinante, es de pronto la más relativa de todas-: "... el criterio subjetivo que atiende a la naturaleza de los hechos violentos para determinar si éstos son aptos para 'producir una impresión fuerte', un 'justo temor' (*Vani Timoris non excusat*) para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a la 'edad, sexo y condición de la víctima'..."²⁵⁹.

El *metus atrox*, entre los romanos, era exigente. Señala Margadant que en aquella época la intimidación debía impresionar a un "... Hombre muy valiente..." para que pudiese tenerse como verdadera violencia. Se agregaba la condición de que "el intimidado, además de no comportarse cobardemente, tampoco se comporte estúpidamente, aceptando, bajo amenaza, un mal mayor de lo que hubiera resultado de la realización de la amenaza misma..."²⁶⁰.

Contra bona mores

La fuerza, amenaza o intimidación que se intente sobre el funcionario público debe ser injusta, ilegítima, contraria a derecho. Si la fuerza es de aquellas provenientes de otra autoridad en ejercicio de competencias plenamente determinadas, como por ejemplo, requiriendo a un funcionario el cumplimiento del derecho de petición, no será *contra bona mores*. Se requiere, en consecuencia, su contradicción con las normas y principios rectores de la actividad administrativa y de la convivencia humana.

259. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de abril 15 de 1969, Gaceta judicial, tomo CXXX, p. 27.

260. Margadant S., Guillermo Floris. *El derecho privado romano*, México, Editorial Esfinge, S.A., 1985, p. 337. Refiriéndose al concepto romano de violencia y comentando el Código Civil Francés, afirma Josserand, Louis (*op. cit.*, pp. 89 y 90): "... el Derecho Romano... exigía que la violencia fuera particularmente grave, que fuera 'atrox', capaz por su naturaleza de quebrantar al hombre más esforzado *Hominen Constantissimum*; era una doctrina de origen estoico, favorable a los más fuertes, y mucho menos a los débiles. El Código Civil francés se muestra menos exigente y más compasivo con la flaqueza humana, ha sustituido el criterio estoico por un criterio más humano; basta que la violencia sea capaz por su naturaleza para hacer impresión en 'una persona razonable' ".

Metus praesens

Significa esta expresión que la amenaza o intimidación debe ser cierta, verdadera y actual, aunque sus efectos se hagan sentir en un futuro. Como dice Ripert-Boulanger: "...Lo que debe ser presente es el temor inspirado...", que es el que hace producir un acto no deseado por la voluntad administrativa, "... pero el mal temido es necesariamente futuro..." por la sencilla razón de que la amenaza se hace con el fin -carácter teleológico- de materializarse en el evento en que el funcionario no oriente su voluntad a la producción de un acto administrativo en determinado sentido, es decir, si no accede, se le causa el daño, circunstancia que habrá de ocurrir hacia el futuro²⁶¹. La amenaza debe además ser real, verdadera y no imaginaria.

Tipos de fuerza

En nuestra opinión, existen dos tipos de fuerza que puede ser ejercida sobre un servidor público con el fin de doblegar la voluntad administrativa de la que él es intérprete. La primera es de carácter material, físico e inmediato; se caracteriza por ataques a la integridad física de la autoridad o de un pariente, ascendiente, descendiente, etcétera. En estos casos se ha considerado que se obtiene de quien padece la opresión, una declaración para lo cual él tan sólo ha servido de mero instrumento, caracterizado por su absoluta falta de querer o intención voluntaria, vgr. se le controla, y conduce su mano para firmar la providencia. Es conocida esta modalidad coactiva de la voluntad como *bis absoluta* o *violencia física radical*.

La segunda especie o tipo fuerza es de carácter psíquico o moral. Obedece a presiones o amenazas actuales sobre un mal físico o moral futuro. Es conocida como *bis compulsiva*. El sujeto de la administración realiza la manifestación de voluntad, en el sentido querido por sus opresores, para evitar un daño material en su persona, allegados, sus bienes o su moral, es decir, en su personalidad, reputación u honestidad; así actúa, por ejemplo, el funcionario que realiza el acto por el temor a que materialice la amenaza de muerte o de difamación.

261. Cfr., Ripert y Boulanger. *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1965, tomo IV, p. 135.

El dolo como vicio de la voluntad administrativa

El dolo puede viciar la voluntad de la administración. No obstante la aparente claridad de esta afirmación, es necesario esclarecer las diferentes teorías expuestas al respecto: la doctrina del derecho administrativo ha elaborado diversos criterios para identificar la presencia de conductas dolosas en las actuaciones de las autoridades administrativas; conceptos que para su entendimiento podemos clasificar dicotómicamente de la siguiente manera: Teoría objetiva de la influencia externa sobre la administración; y Teoría subjetiva de la formación interna del dolo, en la voluntad del sujeto actor de la administración.

Teoría objetiva de la influencia externa sobre la administración

Esta concepción obedece a la influencia de las elaboraciones iusprivatistas sobre el dolo, que parten de la existencia de dos sujetos vinculados en la relación negocial, de manera que el dolo sería "toda especie de artificio de que se vale un persona para engañar a otra"²⁶²; corresponde a la fórmula romana del *Dolus Malus*, que consiste en "toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta, con la que se engaña a otra persona"²⁶³, en expresión de Labeón implicaba: *...Omnen calliditatem, fallaciam, machinationem ad circonveniendum, falledum, decipiendum alterum adhibitam...*

Se caracteriza según la doctrina clásica, por ser obra del co-contratante; circunstancia que no se da, según ellos, en otros vicios del consentimiento (artículos 1515 y 1516 del Código Civil). Entre los administrativistas, Escola es uno de sus principales defensores y sostiene precisamente que: "... la voluntad administrativa se halla viciada, por vía de dolo, cuando se ha manifestado inducida a error por la acción u omisión de un tercero; cuando ha mediado, para obtener la decisión administrativa, cualquier artificio, astucia o maquinación dirigida a ese fin..."²⁶⁴.

262. Pothier. Tratado de las obligaciones, núm. 28, citado por Josserand, Louis. *Op. cit.*, p. 106.

263. Cfr., Margadant S., Guillermo Floris. *Op. cit.*, p. 339.

264. Cfr., Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, p. 87.

Consideramos que la fundamentación del dolo, partiendo de esta fuente contractual, no es la más adecuada tratándose de actuaciones estrictamente unilaterales. La aplicación de esta teoría al Derecho Administrativo, llevaría a inexactitudes en cuanto a los fenómenos jurídicos suscitados. Obsérvese cómo terminaríamos confundiendo el vicio por dolo con el vicio por error de la administración. Situación inadmisibles frente a la claridad doctrinal existente entre estas dos formas de vicio. Esta teoría en consecuencia no es de nuestra aceptación.

Teoría subjetiva de la formación interna del dolo en la voluntad del sujeto actor de la administración

Debemos diferenciar, para efectos de entender este tipo de dolo, el proceso formativo de la voluntad en el órgano administrativo y el proceso volitivo de la persona física que actuando como representante de la administración, interpreta la voluntad de ésta según las normas jurídicas que la rigen. Lo anterior en razón a que el dolo no es más que un proceso psíquico que liga al autor con sus actos; puede definírsele como la estructuración de la voluntad tendiente tras su manifestación a la producción de efectos antijurídicos, causante de daños al sujeto pasivo²⁶⁵.

Tratándose del primer tipo de proceso formativo de la voluntad, esto es, el de la voluntad administrativa, no encontramos, que por sí sola, tal y como la norma lo establece, sea susceptible de producir situaciones antijurídicas; la voluntad administrativa pretende siempre la satisfacción del interés público y en este sentido su intérprete, que es la persona física, debe realizarlo. Por lo tanto, cualquier acto administrativo en que se busquen resultados contrarios a derecho, por parte del intérprete de la voluntad estatal, se encuentra viciado de dolo, si lo que pretende el funcionario es lograr un determinado resultado. En estos casos, resulta entonces que lo dominante para la decisión no ha sido el interés general o las finalidades estatales, sino

265. Díaz Palos, Fernando. *Dolo penal*, Barcelona, Bosch Casa editorial, p. 13.

la voluntad personal del sujeto agente administrativo que interpreta amañada y torticeramente la voluntad administrativa, impidiendo que ésta surta sus verdaderos efectos e imprimiéndole los efectos dañinos que sus intereses mezquinos buscan conseguir de la actuación administrativa. El acto producido en estas condiciones, insistimos, está viciado en su voluntad por efectos del querer de la persona física que representa al organismo. El acto produce, con su manifestación, efectos contrarios a los que verdaderamente ha debido producir. Bajo estas circunstancias, y desde el punto de vista de las causales de nulidad que se puedan tipificar al configurarse el dolo, encontramos que la institución del desvío de poder sería la más adecuada para efectos de lograr el control administrativo o jurisdiccional de los actos así producidos.

4. VICIOS DE FORMA O DE PROCEDIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El principio de legalidad de la actividad administrativa se garantiza, en cuanto a la formación de sus decisiones, en el permanente respeto a los procedimientos legalmente establecidos. Este importante principio obedece, a diferencia de los rectores de la actividad privada, a que a la administración le es connatural el bienestar general y el interés de la comunidad y para estos efectos debe necesariamente sujetarse a reglas de comportamiento previamente determinadas en la Constitución o la Ley.

Según esto, los actos administrativos deben necesariamente formarse cumpliendo previamente los procedimientos legalmente establecidos. La observancia de la forma es la Regla General, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es el instrumental para asegurar la certeza en el actuar de la administración y de los derechos de los asociados. Condiciones que hemos venido identificando como fundamentales para la validez de las decisiones administrativas.

En este sentido el Consejo de Estado ha destacado la importancia de las vías procedimentales en la conformación de la legalidad del acto.

Al respecto, ha diseñado el esquema doctrinal aplicable a la administración colombiana en los siguientes términos: "...es innegable que el ritual o formalismo instituido para la expedición de determinados actos, es condición para su propia validez. Por ello, justamente, la omisión de tales exigencias rituales o de expedición del Acto 'en forma irregular' ... está consagrado como causal de nulidad...". Las formalidades, indica el Consejo, tienen por objeto fundamentalmente "...garantizar la legalidad y corrección en la actividad administrativa. ... impedir que se cause lesión alguna a derechos o intereses legalmente protegidos..."²⁶⁶.

Ahora bien, la configuración del vicio de forma corresponde analizarla dentro del contexto de la finalidad propuesta para los procedimientos administrativos, esto es, como garantía fundamental tanto para la administración como para los asociados. En este sentido, sólo los defectos trascendentales de naturaleza formal o procedimental, estarían viciando la validez de los actos administrativos. Es decir, sólo se podrán determinar como anulables cuando falten o se desconozcan requisitos formales indispensables para lograr la finalidad propuesta o que frente a los asociados los inducen por los senderos de la indefensión. El vicio de forma carece, por sí mismo, de virtud invalidante sino es de aquellos que reúnen las características expuestas. Su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere identidad cuando su existencia ha desprotegido los derechos de los asociados, e incluso de la propia administración. Por esta razón, se ha venido sosteniendo la existencia de una doble clasificación de los vicios de forma o procedimiento, los sustanciales y los accidentales.

En este sentido, la jurisprudencia y doctrina colombianas han considerado que no toda anormalidad formal o procedimental

266. Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, sentencia de abril 11 de 1978, consejero ponente Carlos Portocarrero Mutis, Anales del Consejo de Estado, tomo XCIV. Olivia Castro, A., "Los vicios de forma del acto administrativo", Colección Estudios Administrativos, Madrid, núm. 22, 1963, p. 25: "... El vicio de forma constituirá, pues, la violación de esta legalidad formal, pudiéndose definir: La omisión o mala aplicación de un acto administrativo de las formas y procedimientos a los cuales ese acto debe sujetarse...".

constituye factor de irregularidad del acto administrativo. Se ha planteado, en consecuencia, la diferencia entre los llamados vicios de forma sustanciales y los accidentales. Los primeros son aquellos de magnitud, importancia, que se estructuran sobre requisitos indispensables para el resultado final del acto, sobre las garantías consagradas en defensa de los particulares en general, se agrega a lo anterior la violación de los requerimientos indicados expresamente en la ley como indispensables para la producción del acto, y cuya omisión o transgresión ocasiona la nulidad de la actuación.

Específicamente se presentan en la vida jurídica del acto, cuando la omisión o el cumplimiento incorrecto de ciertas formalidades puede ejercer la influencia sustancial sobre la decisión adoptada. De esta manera, una interpretación adecuada estaría dada en el sentido de considerar como vicios de forma sustanciales, aquellos con cierta entidad o importancia, decisiva, en el resultado de la actuación. En nuestra opinión, aquellos que atacan las garantías y los derechos de las personas afectadas con la decisión.

Los vicios procedimentales de naturaleza accidental, por el contrario, son aquellos de menor entidad, que no acarrear nulidad del acto. Son todas aquellas omisiones de formalidades insignificantes o de formalidades cuyo incumplimiento no podrían, en la realidad fáctica, alterar en manera alguna, garantías de los administrados. En el decir del Consejo de Estado, "...una omisión de carácter formal... que no incide en la decisión material al alterar la expresión de la voluntad... configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por sí sola no hace nulo (sic)..."²⁶⁷.

En recientes providencias se ha reiterado el anterior criterio. En sentencia de 1992 la Corporación indicó sobre este tipo de vicios que, "...cierto es que el cumplimiento de las formalidades es un imperativo para la administración pero no siempre su violación apareja nulidad de la actuación, y esto es justamente lo que ocurre en el sub - lite en que

267. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, sentencia de octubre 20 de 1977, C.P. Jorge Dávila Hernández. Anales del Consejo de Estado, tomo CXIII.

el quebranto de una norma instrumental daría, a lo más, lugar a sanción disciplinaria para el funcionario responsable...". El asunto específico se refería a la destitución que un gobernador había hecho de un funcionario departamental, después de haber transcurrido el término legalmente establecido. En este caso, agregó lo siguiente la providencia: "...pero simplemente se trata de una irregularidad simplemente formal, no de carácter sustancial, como sería la ausencia de capacidad legal del gobernador para proferir el decreto acusado, anormalidad que carece de entidad jurídica suficiente para invalidar el acto: No hay duda de que el término tiene razón de ser en el ordenamiento legal, mas no con la finalidad de despojar el órgano administrativo de su competencia una vez haya vencido, pues si el legislador así lo hubiera querido, expresamente lo habría consagrado..."²⁶⁸.

5. VICIOS POR DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO. DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DE DEFENSA

El artículo 29 Constitucional determina que el concepto de debido proceso es de aplicación a toda clase de actuaciones sean judiciales o administrativas. En este sentido, los elementos señalados como fundamentales para identificar el concepto del debido proceso y estudiados a propósito de los principios constitucionales orientadores del procedimiento administrativo, constituyen los presupuestos para entender la violación al debido proceso como causal de nulidad de los actos administrativos. Por su naturaleza, bien podríamos catalogarla dentro de las causales constitucionales de carácter sustancial, en la medida en que el concepto de debido proceso se liga de manera directa con las garantías constitucionales de los ciudadanos. Su contenido implica la diversidad de garantías subjetivas que el Estado le debe brindar a todo aquel con quien se interrelacione en las actuaciones administrativas.

268. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección II, Sentencia de abril 21 de 1992. C.P.: Reynaldo Arciniegas.

El legislador de tiempo atrás había establecido una causal de nulidad del acto administrativo que parcialmente abordaba el concepto de violación al debido proceso. Se trata de la causal que el Decreto 2304 de 1989 en su Art. 14 denominó desconocimiento del derecho de audiencia o de defensa. Anotamos que se trata de una causal parcial del debido proceso, en la medida en que el concepto del debido proceso es multifacético respecto de las garantías con que cuentan los sujetos en los procesos. El debido proceso es mucho más que protección a la audiencia o a la defensa. Es más, estos dos elementos son algunos de los aspectos contentivos del género, debido proceso.

Consideramos que esta causal sobra, existiendo no solamente el postulado constitucional del debido proceso, sino también el principio general del derecho que incorpora como norma rectora de las actuaciones administrativas el concepto del debido proceso. El profesor Betancur Jaramillo es de opinión similar. Señala al respecto que la causal del Art. 14 del Decreto 2304 de 1989 está de más en el ordenamiento jurídico "...consideramos que sobraba su formulación, como causal autónoma de impugnación, porque los derechos que pretende salvaguardar (audiencias y defensa) han estado siempre no solo contemplados en normas legales de obligado acatamiento, sino protegidos por la causal de expedición irregular del acto y aún con la de violación de la ley..."²⁶⁹.

269. Betancur Jaramillo Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora. 1992. p. 175.