

Falencias de la presunción de legalidad en la expedición y aplicación de los actos administrativos

Failures of the presumption of legality in the delivery and application of administrative acts

José Reinaldo Bustillo Bustillo¹ Jesús Alfredo Crespo Vega²

Resumen:	El objetivo perseguido por el presente trabajo de grado es profundizar en uno de los elementos inherentes al acto administrativo, como lo es la presunción de legalidad, y solamente adentrándonos y entendiendo todos sus elementos y requisitos de validez podemos llegar a una opinión crítica más objetiva. Esta presunción es indispensable para el ejercicio de la función pública de las autoridades administrativas, en aras del cumplimiento de los fines esenciales del estado y satisfacer el interés general, pero en ese proceso se cometen claras violaciones al ordenamiento jurídico y se expiden actos que van en contra de la normativa preexistente. Para finalizar llevaremos a cabo un análisis sobre las sentencias judiciales que mantengan una concordancia temática en el tema en cuestión, y además observaremos si los mecanismos de acción con los que cuentan los ciudadanos para atacar los vicios en los actos expedidos por los servidores públicos, son lo suficientemente eficaces para controlar dicha problemática.
Palabras clave:	Presunción de legalidad; Acto administrativo; Autoridades administrativas.
Abstract:	The objective of the present work of grade is to deepen one of the elements inherent in the administrative act, as it is the presumption of legality, and only face and understanding all its elements and requirements of validity we can reach an opinion critical more objective. These presumptions is indispensable for the exercise of the function public administrative authorities, for the sake of compliance with the essential purposes, State and satisfy the general interest, but in the process committed clear violations of the legal order and are issued acts that go against of the existing rules. Finally we will carry out an analysis of judicial decisions that main tain a consistent the me in the subject matter. and also we will observe if the mechanisms of action that have citizens to attack the vices in the acts issued by the servers public they are sufficiently effective to control this problem.
Keywords:	Presumption of legality; Administrative act, Administrative authorities.

Fecha Recibido: 3/Abril/2019

Fecha Aceptado: 20/septiembre/2019

¹ Abogado titulado aspirante a especialista en derecho administrativo. Universidad libre de Colombia. Seccional barranquilla. 2018. Reinaldoj-bustillo@unilibre.edu.co

² Abogado titulado aspirante a especialista en derecho administrativo. Universidad libre de Colombia. Seccional barranquilla. 2018. Jesusa-crespov@unilibre.edu.co

Falencias de la presunción de legalidad en la expedición y aplicación de los actos administrativos

Introducción

El derecho administrativo nace en el continente Europeo como respuesta al sistema absolutista en la búsqueda de una mejor fuente de legitimidad del derecho. De la monarquía a la racional, fundada, esta última, en el sometimiento de los miembros de la sociedad a las leyes generales, pero sin olvidar su fin último, asegurar la libertad de los asociados.

Por lo anterior, el principio de presunción de legalidad contemplado en el artículo 88 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, constituye un pilar fundante del derecho administrativo. Sin embargo, esta concepción tiene varias acepciones. Por una parte, podemos analizarlo desde la perspectiva jerárquica, en virtud de la cual, las decisiones administrativas se ubican en la base, y quedan sometidas, en cuanto a su contenido, a las disposiciones que integran las estructuras superiores, es decir, la ley y constitución; por otra parte, debido al carácter sistemático del ordenamiento jurídico, las normas ubicadas en la parte superior no solo definen los alcances del ordenamiento inferior, sino que las autorizan.

Para identificar claramente este elemento del acto administrativo, debemos necesariamente descomponerlo en sus dos elementos. La presunción se conoce como la consideración o la imaginación de creer que es cierto un acto administrativo y que el mismo ha sido creado acorde con las normas jurídicas existentes que regulan su expedición, tanto en el plano material como formal. De otra parte, pues necesariamente al descomponer a la presunción de legalidad en cada uno de sus elementos. La administración emite su voluntad a través del acto administrativo y este genera efectos jurídicos. Por tal hecho, se presume que dicho acto está ajustado al ordenamiento legal, fue emitido por un órgano competente y que se respetan todas las normas que lo regulan, de ahí que tome las diferentes acepciones de presunción de justicia, de legitimidad y de validez.

La anterior afirmación toca un punto preponderante en la creación de un acto administrativo, como lo es la voluntad del servidor público, ya que, si lo definimos como la manifestación de la voluntad del estado en función administrativa, no podemos dejar de lado la importancia que este tiene. Y aquí hay que entrar a diferenciar entre voluntad institucional y voluntad del Agente. La primera está inmersa en la ley y se relaciona con el principio del interés general y la segunda responde a la disposición personal del agente. Es necesario aclarar que, aunque son dos conceptos distintos los dos deben ir de la mano a la hora de expedir un acto por parte del administrador en aras de no incurrir en desviación de poder, que constituye una causal de nulidad.

Finalmente, en esta investigación tenemos que profundizar en los elementos de

validez y eficacia de los actos administrativos, así como los mecanismos con los que cuenta tanto el estado como los particulares para atacar actos administrativos con vacíos legales. El enfoque de nuestra investigación se centra más como la presunción de legalidad lleva a ciertos actos administrativos a entrar en el ordenamiento jurídico sin tener los requisitos legales para producir efectos jurídicos. La presunción de legalidad es un atributo del Acto Administrativo, como presunción no está taxativamente regulada en el ordenamiento jurídico, pero en forma tácita está inmersa en normas que fijan la obligatoriedad de tales actos, siempre y cuando no los afecte la suspensión o anulación de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Metodología

El enfoque de nuestra investigación es jurídico ya que analizaremos la constitución, las leyes y sentencias que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico para adentrarnos al objeto de nuestro estudio. Además es meramente cualitativa ya que no analizamos información cuantificada sino descriptiva. Y el instrumento de recolección de información será mediante fuente secundaria, ya que no tendremos interacción con el objeto de estudio, realizaremos observaciones sobre artículos y normas existente.

1. Falencias de la presunción de legalidad en la expedición y aplicación de los actos administrativos.

Las autoridades administrativas tienen la obligación de materializar los derechos constitucionales de la población, mediante actuaciones tendientes a satisfacer las necesidades del pueblo, y en ese orden de ideas encontramos el acto administrativo como una herramienta preponderante para cumplir con los pilares del estado social de derecho en el que vivimos. En palabras del abogado administrativista y docente Wilson Herrera, el acto administrativo es la manifestación de la voluntad del estado en función administrativa que con el lleno de los requisitos legales y en ejercicio de un poder legal genera una serie de situaciones de carácter general o particular en aras de un interés social.

La presunción de legalidad es un mecanismo idóneo para el administrador público para poder desenvolver a cabalidad su poder legal y satisfacer el interés general, ya que va inexorablemente ligado con el principio de celeridad, y así el servidor público puede atacar de manera rápida y eficiente las dificultades que se le presenten. Cuando observamos la afirmación anterior pensamos que todo está perfecto y que no es una figura que necesite mayor análisis. Pero en nuestro país, usando las palabras del columnista del espectador Juan Carlos Gómez, esta presunción se ha convertido en un mecanismo grave y silencioso, en donde muchos funcionarios aprovechan la capacidad legal que le brinda la ley para poder beneficiarse de sus propias actuaciones,

Falencias de la presunción de legalidad en la expedición y aplicación de los actos administrativos
lo que desencadena en uno de los elementos que vicia el acto, como lo es la desviación de poder.³

El maestro Marienhoff toca un punto de gran interés en el análisis del presente tema, y es lo que él llama un acto administrativo perfecto, es decir, además de ser emitido conforme a derecho, debe ser simultáneamente válido y eficaz. Si el acto cumple con uno de los dos pilares anteriores y no con el otro, pierde ejecutoriedad para entrar a regir. Pero cuando ponemos nuestra atención sobre Colombia, nos preguntamos qué tan lejos estamos de que nuestros servidores públicos expidan actos administrativos perfectos, y vemos la postura del maestro argentino, solo como una idea difícil por no decir imposible de materializar. Vemos que gran parte del problema en cuestión, podría presentar menores índices de incidencia, si se abarcara desde el momento del nacimiento del acto. Y esto sería mediante un proceso de juicio por parte del funcionario público, con ciertas etapas que lo encaminaran a una senda sin vacíos legales. Como lo manifiesta Hernán Darío Vergara mesa en su investigación, "La insubsistencia administrativa discrecional en Colombia: una mirada desde el principio de proporcionalidad". Hablar de proporcionalidad en los actos administrativos implica referirse a tres juicios distintos: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Si bien el acto administrativo requiere de varios elementos que son igual de importantes a la hora de analizar la validez y eficacia de los actos expedidos por el ente estatal, como lo son el sujeto, la competencia, la voluntad, el objeto, el motivo, el mérito y la forma, nuestra investigación no se enfoca en ellos sino quizás en la principal característica que envuelve a las actuaciones expedidas por las autoridades en su actividad administrativa, como lo es la presunción de legalidad, que según el código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo, en su artículo 88 dicta que aquellos actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁴. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar. La anterior norma pone a la presunción de legalidad en una situación jurídica para que pueda configurarse, como lo es el hecho que el acto no haya sido controvertido por el ente contencioso, lo que sin dudas hace que este elemento emane un poder determinante dentro de nuestro estado, ya que se presume que los funcionarios públicos se rigen bajo los parámetros legales que están a su disposición y toda su manifestación de voluntad se rige bajo los parámetros jerárquicos de nuestra normatividad.

La corte constitucional se pronunció sobre la presunción de legalidad en la sentencia

³ GÓMEZ, Juan Carlos. Diario el espectador.

⁴ Código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo, artículo 88

c-069 de 1995, como, la eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente⁵.

Ahora bien, la problemática que tiene la figura jurídica de la presunción de legalidad en nuestro país la podemos analizar desde dos momentos claves, el primero, es en el momento de su expedición, ya que es aquí en donde se cometen las mayores falencias y se omiten formalidades sustanciales y formales del acto, y el problema sigue siendo el mismo, y es la discrecionalidad con la que cuenta la autoridad administrativas que aunque represente los intereses del estado, siguen siendo decisiones humanas con errores y virtudes. En la expedición irregular del acto, la autoridad administrativa que lo expide tiene plena facultad para proferirlo. El vicio que genera la nulidad está, en que se transgreden los requisitos de procedimiento para expedirlo, los cuales son condición esencial para su validez.

Toda actuación administrativa, que culmina con la toma de una decisión que se refleja en un acto administrativo, obedece a un trámite específico y predeterminado, fijado a través de un acto administrativo o de una disposición legal, que si no se cumple en aspectos sustanciales, genera la causal de nulidad materia de estudio⁶.

Y el segundo momento es el de la aplicación del acto, y aquí si tenemos que enfocarnos en objeto con el cual está destinado, que es el interés general, muchas veces encontramos desviación de poder y falsa motivación en la el contenido de estos. El autor uruguayo Augusto Duran, extiende una fuerte crítica hacia la presunción de legalidad, y se refiere a esta figura como un resabio absolutista; con un origen autoritario. Lo que nos hace inexorablemente pensar en nuestro sistema de gobierno en general, ya que cuando el autor atañe la presunción de legalidad al sistema absolutista que consumía la sociedad antes de la revolución francesa de 1789, está desconociendo cualquier señal de neo constitucionalismo y cualquier señal del estado social de derecho que funda nuestra constitución política. Y según palabras del mismo autor, la presunción de legitimidad del acto administrativo, ha servido en definitiva en Uruguay para facilitar a la Administración, con el aval del propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el desconocimiento del derecho positivo vigente. La presunción de legitimidad ha favorecido sin duda la arbitrariedad administrativa en

⁵ Corte constitucional, sentencia C-096 de 1995

⁶ Betancur Jaramillo, op. cit., 211

Falencias de la presunción de legalidad en la expedición y aplicación de los actos administrativos
detrimento de los derechos humanos⁷.

Debemos identificar las falencias de la presunción de legalidad, no solo para llevar a cabo una simple crítica, sino por el contrario para buscar las formas de fortalecer esta figura que en nuestro país presenta demasiados altibajos que resulta imposible de obviar. Una de sus principales errores, es el hecho de que muchos actos administrativos no respetan o no van en concordancia con la regulación jurídica que la funda y la precede, es decir, la presunción de legalidad va de la mano con lo que se conoce como principio de la jerarquía normativa, ya que este último sirve de fundamento para el desenvolvimiento de gran parte de la actividad jurídica. Por un lado, la jerarquía sirve al momento de producción del derecho, pues para la creación de cualquier norma en un sistema jurídico dado, lo primero que debe tenerse en cuenta es el respeto a las normas jerárquicamente superiores. Igualmente, al momento de aplicación del derecho, el primer criterio que los operadores jurídicos deben tener en cuenta es el criterio jerárquico, pues en caso de conflicto normativo deben aplicarse de preferencia de las normas superiores. Y precisamente porque la jerarquía normativa sirve de base para el despliegue de la vida jurídica, es que se han diseñado toda una serie de mecanismos para hacer efectiva la jerarquía⁸.

En Chile podemos ver como se exige una concordancia legal entre la normativa y los actos de la administración, ya que resulta fundamental dentro del concepto de acto administrativo el carácter de decisión o resolutorio que éste tiene. Ello quiere decir que a través del acto administrativo lo que hace la Administración del Estado es tomar una decisión de aplicación del ordenamiento jurídico a un caso concreto en una determinada forma. En efecto, lo que hace el ente público a través del acto es resolver una determinada manera de aplicar o ejecutar el ordenamiento jurídico público a un caso en particular que puede afectar o favorecer a una persona, un grupo de personas o incluso a la comunidad en su conjunto. Este extremo de la definición legal se encuentra en consonancia con las definiciones del derecho comparado⁹.

Otro obstáculo con el que cuenta la presunción de legalidad es la discrecionalidad por parte de la autoridad administrativa, y es quizás el más grande de todos, y una de las razones por la cual muchos juristas y políticos critican esta figura. Y este debate se remonta desde muchos años atrás, recordemos que Hart, uno de los mayores juristas de todos los tiempos, menciona que los jueces en su actividad judicial se encontrarían

⁷ MARTÍNEZ DURAN, Augusto. La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso

⁸ ESCOBAR, Claudia y VARGAS, Marcelo. evaluación crítica del principio de jerarquía normativa a partir del derecho positivo colombiano

⁹ Bermúdez Soto, Jorge. Estado Actual del Control de Legalidad de los Actos Administrativos. ¿Qué queda de la Nulidad de Derecho Público?

con los llamados casos difíciles, que eran aquellos en los que la ley no les brindaban las herramientas necesarias para resolver el problema y tenían que apoyarse en criterios auxiliares de derecho para así poder resolverlos, es decir, tenían que llevar a cabo un proceso discrecional externo al ordenamiento jurídico a su disposición. Pero Ronald Dworkin, en sus famosas antítesis, señaló que el pensamiento de Hart era erróneo, ya que si los jueces no actuaban en derecho al momento de dirimir las controversias que se les presentaban, estaban creados antecedentes judiciales, en pocas palabras estaban creado derecho y ellos no son el órgano competente para tal acción.

Juan Carlos Cassagne toca en profundidad el tema de la discrecionalidad, y dice que no puede entenderse independientemente del principio de legalidad; y cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia, pues es en la potestad discrecional donde la ley se expresa, como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento. En razón de ello, con frecuencia se señala que el rasgo diferenciador de un acto discrecional es la motivación; ya que en un acto discrecional la autoridad debe poder justificar los motivos de su decisión. Algunos autores han señalado la necesidad de realizar una escala de la discrecionalidad para distinguir los fines y matices de ésta. El autor también considera un factor determinante el momento temporal en el cual se efectúa el ejercicio de la misma, así como el tipo de regulación desarrollada. A este respecto, señala, por ejemplo, que no es lo mismo un tipo de reglamento sobre temas de contenido político que un reglamento destinado a regular un sector cualquiera en función de parámetros técnicos pues, a primera vista, parece notorio que el ámbito discrecional del primero será mayor o al menos de distinta naturaleza que en el caso del segundo.

Autores como De la Cruz Ferrer, distinguen reglamentos ejecutivos con un grado mínimo de discrecionalidad; reglamentos remitidos que disponen de un grado medio de discrecionalidad al poder regular con libertad su campo asignado legalmente; y en tercer lugar, reglamentos autónomos que disponen de un grado máximo de discrecionalidad al poder regular sin más límites para la Constitución y los principios generales del Derecho. Esto último tiene una implicación evidente, y es la de que “las materias en las que la Administración dispone de un grado de discrecionalidad medio o máximo quedan a su libre configuración”. Consiguientemente, uno de los temas relacionados con la definición del concepto que aquí nos ocupa, es el de las técnicas existentes para el control de la discrecionalidad reglamentaria. En términos generales, puede decirse que la mayoría de los autores coincide en señalar que dichas técnicas de control pueden resumirse en (i) la existencia de la propia potestad reglamentaria asignada al Gobierno por la propia Constitución en su artículo 97, así como (ii) la participación de los interesados en la elaboración de disposiciones generales y (iii) la

Falencias de la presunción de legalidad en la expedición y aplicación de los actos administrativos
existencia de principios generales del Derecho¹⁰.

Pero uno de los puntos que más nos debería llamar la atención es si toda esa falencia antes mencionada es tolerada por el mismo ente estatal, que sin lugar a dudas agravaría de manera determinante toda esta situación. El autor chileno Jorge Bermúdez Soto, quien ha sido tomado en repetidas ocasiones en nuestra investigación por sus apreciaciones que consideramos vitales para el desarrollo del tema, hace a colación sobre la ilegalidad tolerada del estado en este caso el del país austral, el cual considera que una concepción del principio de legalidad lleva a la conclusión de que cualquier vicio en un elemento del acto administrativo acarrearía una nulidad y por lo tanto la pérdida de eficacia y extinción del acto administrativo. En virtud de ella, cualquier vicio de que adolezca el acto administrativo lo lleva de forma inexorable a su extinción.

2. Controles de legalidad sobre los actos expedidos por la administración.

Tomando el código administrativo y de lo contencioso administrativo, ley 1437 del 2011, vemos nuevamente el artículo 88 la presunción de legalidad del acto administrativo: Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar. El artículo enuncia la formidable fuerza de los actos. Contrario a los proferidos por los particulares, cuya juridicidad puesta en duda ha de ser verificada por la jurisdicción, el acto administrativo se presume ajustado al ordenamiento jurídico, por lo que debe ser obedecido tanto por la autoridades como por los particulares, de tal suerte que quien pretenda desconocer esta condición tiene la carga procesal de impugnarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que se ella que defina su ilegalidad.

Esta presunción de legalidad admite prueba en contrario, pero ella debe ser establecida judicialmente y desarrollada por el actor que pretenda la declaratoria de nulidad del acto. Por esta razón, el demandante tiene la carga procesal de indicar las normas violadas y explicar el concepto de su violación, so pena de ver frustrada su pretensión de desvirtuar la ilegalidad del acto. Armienta Hernández asevera que todo acto administrativo se presume que fue dictado conforme a Derecho por la administración, por lo que para desvirtuar lo anterior resulta indispensable que el administrado pruebe que se emitió en contravención a las normas jurídicas. Como podemos ver este autor

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. la discrecionalidad administrativa

habla de la obligación en la carga procesal de aquel que quiera desvirtuar la legalidad de los actos administrativo, es decir, hay una obligación de cumplirla, pero también nos brinda el derecho de controvertirla.

La presunción de legalidad no solamente es un elemento que le otorga capacidad de ejecutoriedad al acto administrativo, también activa por decirlo así, la potestad a los sujetos que se sientan afectados por sus efectos, para que puedan poner en marcha los mecanismos para su nulidad. Es necesario decir que cuando nos encontramos en el litigio para tumbar un acto que consideramos violatorio de la normativa, tenemos que romper la presunción de legalidad y esta exige una carga argumentativa más centrada y elocuente.

Consideramos que la expedición de actos violatorios de la norma por parte de los servidores competentes, pueden ser creadas por dos motivos, el primero que es el desconocimiento de la ilegalidad por parte del funcionario, lo que nos pone a pensar si no debe haber un mecanismo de control en la expedición de toda actuación pública, y por otro lado más grave aún, con la plena intencionalidad del funcionario de sacar provecho de sus decisiones ya sea para el beneficio propio o de terceros.

Pero antes de entrar en detalle cuales son los controles de legalidad que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico, debemos mencionar cuales son los actos que son susceptibles de ser sometidos a dicho control. Los actos administrativos objeto de control de legalidad por la vía jurisdiccional son aquellos que ponen término a un proceso administrativo. Así lo recordó el Consejo de Estado, al determinar que no es procedente la excepción de falta de jurisdicción, cuando se acusa el acto que, por ser proferido por una entidad pública con funciones administrativas, es susceptible del referido control. Para el alto tribunal, únicamente las decisiones de la administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Los actos definitivos son aquellos que ponen fin a una actuación administrativa al decidir directa o indirectamente el fondo del asunto. En ese orden, quedan exceptuados del control jurisdiccional los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional, toda vez que, a través de ellos, tampoco se decide definitivamente una actuación, pues solo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones. A juicio de la corporación, el acto de ejecución, aunque también es unilateral, no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, pues el efecto jurídico lo produce el acto administrativo objeto de la ejecución, de ahí que no sea pasible de control ante el juez¹¹.

¹¹ cuáles son los actos administrativos susceptibles de control de legalidad, ámbito jurídico

Geisson Santiago Rincón Suescún, plasma un punto fundamental en lo que estamos buscando, ya que el autor con su teoría deja ver claramente su posición sobre aquellos actos que carecen de legalidad para regir dentro del ordenamiento jurídico. hace referencia que en Colombia debería haber una acción de inexistencia de actos administrativos, que deje sin efectos sus decisiones que por error de la administración nazcan a la vida jurídica y que violen derechos fundamentales, a fin de precaver el daño inminente que se pueda causar, lo que significaría un gran avance para combatir la ilegalidad de los actos y un nuevo medio de control de legalidad, Además se tendría la posibilidad de la tutela contra las decisiones oficiales, administrativos expedidos con ausencia de los requisitos de existencia por errores. Lo anterior mencionado por el autor nos introduce en un nuevo debate sobre el tema en cuestión, ya que nos parece que toda propuesta para combatir esta problemática, tiene que ser abarcado en un sentido estricto.

Además menciona que si bien el acto administrativo al cual le hacen falta elementos de existencia no es un acto administrativo y no debe tener fuerza de eficacia en el mundo jurídico, por lo que no se podría declarar la inexistencia de algo que nunca ha existido. Además, si llegare el acto administrativo a ser violatorio de derechos fundamentales, podría entrar el juez constitucional a evaluarlo bajo causales generales o específicas. Porque el acto administrativo viciado por nulidad tiene presunción de legalidad, ya que la nulidad debe ser declarada por el juez y solicitada por el administrado, pues es él quien hace el control de legalidad¹². Ahora bien, el estado colombiano brinda una serie de mecanismos para atacar los actos de la administración que se creen irregulares, y pueden ser atacados por dos procedimientos ya sea el administrativo que pueden ser efectuados por la administración o por 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; también permite que la Administración corrija, ella misma, sus propias faltas. Existen recursos administrativos contra los actos individuales. Aquéllos no proceden ni contra los actos generales ni contra los actos preparatorios ni contra los actos de libre nombramiento y remoción de funcionarios. Tampoco proceden cuando la Administración no lo permite. Esos recursos no conllevan reclamos de indemnizaciones. Los recursos administrativos son triples: la reposición, la apelación y la queja. Estos son obligatorios antes de proceder a las acciones jurisdiccionales.

¹² RINCÓN SUESCÚN, Geisson Santiago. Teoría sobre la acción de inexistencia del acto administrativo que ha nacido a la vida jurídica por error de la administración y que causa un grave perjuicio

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, encontramos el recurso de apelación que se presenta 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.

Los controles administrativos de la regularidad de los actos administrativos a la iniciativa de la Administración y por lo general es lo que conocemos como la revocatoria directa contemplada en el artículo 93 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, la cual fija tres condiciones, que son, cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él y cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. Que es la capacidad legal con la que cuenta la administración para modificar o retirar sus propias decisiones. y los controles jurisdiccionales pueden ser ejercidos también por la Administración o por los administrados. Los controles jurisdiccionales a la iniciativa de los administrados.

Contamos con múltiples medios de control, para ejercer la vía de acción contra los actos administrativos, entre esos la acción de nulidad, la acción de inconstitucionalidad, la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho, y la acción de reparación directa. En primer lugar, la acción de nulidad contemplada en el artículo 137 de la ley 1437, 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 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 excepción tomados por el Gobierno. Esta competencia se la comparten el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Ella tiene las mismas características de la acción de nulidad. En esta ocasión los actos administrativos ilegales son declarados inconstitucionales cuando son contrarios a la Carta. En los estados de urgencia el presidente tiene la competencia para expedir actos dirigidos a solventar dicha problemática, pero muchas veces carece de principios legales para subsistir en el ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, encontramos la nulidad y restablecimiento del Derecho, este recurso está dirigido no solamente a anular el acto ilegal, sino también a restablecer los derechos violados. Está plasmada en el artículo 138 de la ley 1437 del 2011, y dicta que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo

Falencias de la presunción de legalidad en la expedición y aplicación de los actos administrativos particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

En cuarto lugar, la acción de reparación directa, contemplada en el artículo 140 de la misma ley, 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. El término es de dos años a partir del momento en que se produjo el acto ilegal.

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 años¹³.

Como vemos, nuestro país nos brinda los medios para enfrentar las decisiones del estado.

DISCUSIÓN

En la presente investigación, destacamos la importancia que tiene el acto administrativo para cumplir con los fines esenciales del estado, pero sin desconocer y

¹³ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. El control de la legalidad de los actos administrativos en Colombia

resaltar las grandes vicisitudes que se presentan a lo largo del camino. Reconocemos que la presunción de legalidad es el elemento que más cubre de fuerza las manifestaciones de voluntad expedidas por las autoridades administrativas, pero que esta misma figura que fortalece nuestro sistema jurídico es el centro de opiniones de muchos autores no solamente colombianos, sino del mundo. Ya que si algo nos enseñó el bloque de constitucionalidad que todo estudiante de derecho conoce en el inicio de su pregrado, es que la constitución es normal de normas y cualquier ley que vaya en contra de ella, está actuando fuera de los lineamientos de derecho, y en ese orden de ideas los actos de los servidores públicos tienen que encajar sobre las leyes preexistentes, sin embargo no siempre se rigen por la jerarquía normativa y aun así causan efecto sobre los administrados.

Nuestro estudio nos lleva a analizar la estrecha distancia que existe entre la presunción de legalidad y la arbitrariedad, ya que aunque a simple vista los vemos como términos distantes en los cuales el primero es casi que un principio del derecho administrativo, regulado por reglas imperativas, y la otra es un término que desconoce el marco legal, vemos como en la práctica la discrecionalidad administrativa nos inclina a un sistema arbitrario que conlleva a la desconfianza de la población.

CONCLUSIÓN

La presunción de legalidad es un elemento que tiene que seguir rigiendo en nuestro país, pero con un control estatal más estricto, con el fin de salvaguardar la confianza entre gobernantes y gobernados. A lo largo de nuestra investigación hemos visto como los medios de control con los contamos para atacar los actos de los servidores públicos, no siempre nos brinda la oportunidad para evitar el daño producido al menor tiempo posible, o peor aún no resulta sencillo desvirtuar la presunción de legalidad por parte del accionante, en un proceso judicial.

El acto administrativo representa un arma excepcional de los estados del mundo para poder descentralizar el poder administrativo, y envolver a ciertas autoridades con el poder legal de expedir actos que ejecuten la voluntad constitucional. En ese orden de ideas consideramos fervientemente que el estado colombiano debe descentralizar la potestad para dejar sin efecto las manifestaciones de voluntad de los dirigentes que carezcan de fundamentos legales, y en Colombia se viene presentando desde hace varios años una propuesta de excepción de ilegalidad de los actos administrativos que resulta complementaria de la excepción de inconstitucionalidad. Aquella consiste en la inaplicación de una norma jurídica por las autoridades administrativas inferiores por el solo hecho de considerar que viola la norma superior. Lo anterior sería una iniciativa preponderante en aras de proteger los derechos de los gobernados. Resulta complejo llevar a cabo una investigación, sobre las falencias de una figura jurídica que consideramos vital para el ente estatal, pero de igual manera esa complejidad nos motiva para buscar la eficacia no solamente de la legalidad, sino de sus controles jurisdiccionales y administrativos.

Falencias de la presunción de legalidad en la expedición y aplicación de los actos administrativos

Colombia tiene que ir en búsqueda de un sistema que evite la discrecionalidad administrativa, ya que si bien es cierto la administración tiene que regirse por parámetros legales a la hora de expedir sus actos, pero siempre estará firmada o plasmada la voluntad de un ser humano, y como seres imperfectos que somos, siempre estamos expuestos al error, y a imponer nuestra lógica sobre los demás, es por eso que nuestras normas deben carecer de parcialidad y de cualquier vacío que sea objeto opiniones encontradas. La discrecionalidad va de la mano con la arbitrariedad que produce cada vez más la desconfianza entre el pueblo y estado. Para finalizar quisiéramos decir que cada día son más los actos administrativos que carecen de legalidad y afectan a la población que está bajo el manto de sus efectos, depende del estado colombiano adelantar fuertes medidas de control para poder controlarlo desde su expedición hasta el momento de su aplicación y así ejercer una armonía jurídica. Además de marcar tajantemente la diferencia entre la presunción de legalidad o validez, con la discrecionalidad administrativa. Ya que un acto jurídico no puede contener la voluntad de la persona que cumple funciones administrativa, sino de la administración como representante del estado colombiano. Y en ese orden de ideas la presunción tiene que ser reglada bajo unos parámetros que se encuadren en los intereses del pueblo.

REFERENCIAS.

Berrocal Duran, J., MEJIA TURIZO, J., & martinez angulo, I. (2018). Justicia por mano propia y su relación con el cumplimiento de los componentes paz, justicia e instituciones sólidas como objetivos de desarrollo sostenible. *Advocatus*, 15(30), 67-90. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5041>

CASSAGNE, Juan Carlos. La discrecionalidad administrativa

C-069/95 - Corte Constitucional de Colombia

Cerra Nolasco, E. (2018). Dimensión jurídica del estado social de derecho. *Advocatus*, 15(30), 49-65. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5040>

ESCOBAR, Claudia y VARGAS, Marcelo. evaluación crítica del principio de jerarquía normativa a partir del derecho positivo colombiano

ESQUIVEL VASQUEZ, Gustavo Arturo. Reflexiones sobre la presunción de legalidad del acto administrativo en el derecho mexicano

Ley 1437 del 2011, código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo

MARTÍNEZ DURAN, Augusto. La presunción de legitimidad del acto

administrativo. Un mito innecesario y pernicioso

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. El control de la legalidad de los actos administrativos en Colombia.

OLANO GARCÍA, Hernán. La teoría del control de convencionalidad, universidad de la sabana.

OSORIO GUTIÉRREZ, M. (2015). Establecimiento de comercio en relación con los hosting web. *Advocatus*, (24), 67-77. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.984>

Peña Orozco, C., Herrera Delgham, L., & Salazar Manrique, J. (2016). Participación ciudadana a través de los medios de comunicación como legitimación de la democracia participativa en Colombia. *Advocatus*, (26), 145-153. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.26.942>

RAMÍREZ NÁRDIZ, A. (2014). La democracia PARTICIPATIVA COMO ELEMENTO DEL MODELO DEMOCRÁTICO DEL SIGLO XXI. *Advocatus*, (23), 117-131. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.23.4969>

Sentencia C-1436 de 2000 Corte Constitucional Sentencia 00408 de 2016 Consejo de Estado Constitución política de 1991

SOTO BERMÚDEZ, Jorge. Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿qué queda de la nulidad de derecho público? *Revista de derecho*, Valdivia

VERGARA, Hernán Darío. La insubsistencia administrativa discrecional en Colombia: una mirada desde el principio de proporcionalidad-artículo de investigación. Universidad de Antioquia