

LA FORMA DEL ACTO ADMINISTRATIVO¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. El texto retoma el análisis de la *forma* como elemento del acto administrativo. En este sentido, advierte cuáles asuntos fueron objeto de examen previo, para luego desarrollar: *i)* el contenido de la *forma* y sus tópicos implícitos, así como la distinción forma-formalidad; *ii)* la publicidad y la notificación de los actos administrativos como elemento formal y su relación con la producción de efectos jurídicos; y *iii)* la importancia de las formas en el derecho administrativo y su relación con los vicios de nulidad. Sobre el último punto se precisa que, si bien se exponen consideraciones sobre la nulidad de los actos administrativos, estas no agotan el desarrollo *integral* del tema.

Introducción

En sesiones previas, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– estudió la *forma* del acto administrativo con énfasis especial en las múltiples denominaciones que a este se asignan y el modo como se expiden, esto es, si son verbales, escritos, fictos, entre otros. Podría decirse, sin ánimo conclusivo, que se reflexionó sobre las siguientes ideas:

i) Si bien los actos administrativos se denominan resoluciones, acuerdos, ordenanzas, decretos, órdenes, instrucciones, entre otros términos, y aunque el ordenamiento jurídico eventualmente califica los actos de una u otra forma, desconocer ese nombre no supone un vicio de nulidad, toda vez que se trata de un defecto *accidental* y no *sustancial*³. Para un juicio de validez, lo relevante es verificar que, efectivamente, se está ante un acto administrativo, es decir, que concurren los elementos de la definición, y no exista un vicio de forma con la suficiente entidad, o cualquier otro asociado a los demás elementos del acto administrativo.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 23 de marzo de 2024, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Sebastián Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: el acto administrativo, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián G. Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel V básico, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

³ Algunos ejemplos de normas que asignan un nombre a los actos administrativos se encuentran en la Constitución. Por ejemplo, el artículo 189.11 dispone que la facultad reglamentaria del presidente se ejerce por medio de «decretos, resoluciones y órdenes» y el artículo 300 prevé que las asambleas expiden ordenanzas. Ahora, la distinción entre vicios accidentales y sustanciales se explicará más adelante.

ii) Por regla general, los actos administrativos constan por escrito; no obstante, esto no implica *per se* que no pueden ser *instrumentados* por otros medios⁴. A diferencia de otros ordenamientos, en Colombia no existe norma que prescriba un deber genérico de expedir los actos escrituralmente. Por el contrario, el artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —CPACA—, prevé que los actos pueden ser escritos, verbales o, incluso, electrónicos.

De allí que la excepción a la regla general —que los actos puedan ser verbales o escritos a discreción de la autoridad que los expide— consta en normas particulares. Igualmente, existen actos administrativos contenidos en signos y otros que, en virtud de la ley, provienen del silencio de la Administración —fictos—. De allí que la primacía de los medios escriturales —que comprenden los electrónicos— se explica en razones de índole pragmático y no jurídico, pues evitan dificultades probatorias y representan una suerte de garantía para la Administración y el ciudadano⁵.

Agotado este estudio, es pertinente continuar con el análisis de la forma o las formalidades de los actos administrativos. Esta vez, la reflexión versa sobre tres tópicos: primero, propone una respuesta al cuestionamiento sobre qué hace parte de la forma o formalidad, y si estas son lo mismo; segundo, la notificación o publicidad de los actos administrativos y su relación con la producción de efectos jurídicos; y tercero, la importancia de la forma en el derecho administrativo y su relación con los vicios de nulidad.

1. ¿Qué comprende la *forma*?

⁴ El término «instrumentación» de los actos administración comúnmente es usado en la doctrina clásica extranjera y se refiere a la forma como se expide el acto administrativo o los medios que se disponen para tal fin. A modo de ejemplo, cuando Gordillo estudia la motivación de los actos, propone: «En el momento de *instrumentarse* la declaración escrita es necesaria su expresa, razonada y explícita fundamentación» (GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 3. 10a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011. p. 450). Aunque ofrece lugar a dudas, verificado el concepto en el diccionario de la Real Academia Española, se observa que es un término admisible. «Instrumentación» es definida como la acción y efecto de instrumentar (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Instrumentación. Disponible en: <https://dle.rae.es/instrumentaci%C3%B3n>). A su vez, entre las nociones de «instrumentar» se encuentra: «Crear, constituir, organizar» (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Instrumentar. Disponible en: <https://dle.rae.es/instrumentar>). De allí que el verbo puede referir el modo como se crean, constituyen o expiden actos administrativos.

⁵ Este asunto corresponde al estudio de la distinción entre los medios formales y no formales para la manifestación de la voluntad (ZANOBINI. Op. Cit., p. 225; GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto & LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de derecho administrativo. 13° ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 620).

Miguel Santiago Marienhoff distingue entre la forma y las formalidades del acto administrativo. A su juicio, la forma en sentido *estricto* comprende la suma de requisitos que deben observarse para exteriorizar la voluntad de la Administración. Por el contrario, en sentido *amplio*, las formalidades se relacionan con los requisitos en el proceso de formación del acto. En síntesis, mientras que la forma se refiere a la *expresión* del acto, las formalidades a la integración o *formación* de este⁶. En sentido similar, Fernando Garrido Falla comenta:

«En su acepción estricta *la expresión forma se entiende referida al modo de declaración de la voluntad ya formada, actuando como medio de transporte de dicha voluntad del campo psíquico al campo jurídico*, a los fines de asegurar su prueba y de permitir el exacto conocimiento de su contenido. En este sentido, el elemento forma se opone a los elementos materiales del acto administrativo. Pero no hay duda de que, con relación a los actos administrativos, la expresión forma abarca también el conjunto de *formalidades* y trámites a través de los que la voluntad administrativa se configura; esto es, el *procedimiento* de formación de dicha voluntad» (énfasis fuera de texto)⁷.

Para otro sector de la doctrina esta distinción no tiene razón de ser, especialmente porque tanto el incumplimiento de requisitos de forma asociados a la exteriorización del acto, como aquellos relacionados con su formación, obtienen los mismos efectos en el sistema de nulidades del acto administrativo⁸. De allí que las distinciones conceptuales que no logran una descripción fidedigna del mundo fáctico son innecesarias, pues solo inducen a error y mayor confusión en el estudio de los fenómenos. Ahora bien, para definir los elementos que son objeto de estudio al investigar la *forma*, se sostendrá que la distinción forma-formalidad es innecesaria; no obstante, esta se integra tanto por los requisitos de exteriorización como de producción del acto administrativo. En otras palabras, aunque no se acoge la diferenciación, tanto la forma como las formalidades, según el uso clásico de

⁶ MARIENHOFF, Miguel Santiago. Tratado de derecho administrativo: Servicios públicos y actos de la administración pública. Tomo II. Argentina: Abeledo Perrot. 2010. 274 p.

⁷ GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto & LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de derecho administrativo. 13° ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 611.

⁸ Por ejemplo, Gordillo sostiene: «Si la distinción entre forma y formalidad nos llevara a la consecuencia de que la inobservancia de una y otra produce diferentes efectos jurídicos sobre la validez del acto, sería útil; pero puesto que la nulidad o la anulabilidad del acto se produce indistintamente por la inobservancia de unas u otras, la distinción es infundada. Sólo es necesario tener presente que hay múltiples usos semánticos en el derecho viviente y que a veces se denominan formas a los requisitos del procedimiento previos a la emisión del acto mismo» (GORDILLO. Op. Cit., p. 491) En la doctrina nacional se identifica: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994. p. 80.

estos términos, conforman el objeto de estudio. Conforme a lo explicado en el escrito introductorio, los requisitos relacionados con la forma de expresión o exteriorización de los actos administrativos ya fue abordada en sesiones previas; de allí que lo pertinente es detenerse en las formalidades asociadas a los requisitos procedimentales y no insistir en comentarios sobre la forma escrita, verbal, ficta, o por signos, del acto administrativo.

Descartado el estudio de las formas de instrumentación ¿qué resta por analizar? Primero, la *forma* se integra por el respeto al debido proceso en instancias administrativas, entendido en dos dimensiones: *i)* como agotamiento del trámite conforme a los parámetros y las etapas que prevé la ley o el reglamento y *ii)* como garantía de los derechos sustanciales inherentes al *mega principio* del debido proceso. En otros términos, el procedimiento administrativo debe seguir la línea cronológica que prevé el ordenamiento, el *paso a paso* previsto para la toma de cualquier decisión y esto, a su vez, supone una garantía para los particulares interesados, pues incluye etapas para ejercer el derecho de contradicción y defensa, aportar pruebas, impugnar decisiones.

A priori, es imposible proponer cuáles son las etapas que anteceden la toma de una u otra decisión; en cualquier caso, dependerá de la previsión normativa sobre las etapas a desarrollar en determinadas materias. Sin embargo, los legisladores suelen diseñar trámites *residuales* o *generales* en las leyes de procedimiento administrativo. En Colombia, los artículos 34 y siguientes del CPACA regulan el procedimiento administrativo general; a su vez, del artículo 47 en adelante se prevé un procedimiento general sancionatorio que, por su carácter punitivo, maximiza la oportunidad de contradicción.

Segundo, en el marco de su estudio de las formalidades, Gordillo desarrolla algunos temas que, aunque interesantes, parecen confundirse con el *contenido* y la *causa* del acto o con otros elementos del acto administrativo. Por ejemplo, su análisis de la motivación del acto se incluye en el acápite de formalidades; no obstante, este pareciera un elemento autónomo del acto administrativo y, en caso de carecer de tal independencia, estaría vinculado a la *causa* y no a la *forma* del acto. Otro ejemplo es el lugar y fecha de expedición, así como la numeración del acto.

En principio, parecen elementos del contenido; sin embargo, son asuntos eminentemente formales y, aunque parecen *baladíes*, son relevantes. Piénsese en el ejercicio de una competencia temporal, si la fecha no corresponde al término para el ejercicio de la facultad, este asunto *nimio* se traduce en un vicio de competencia. De allí que, aunque no supone la nulidad del acto por un vicio de forma sino de competencia, se trata de un asunto formal con repercusión en los demás elementos del acto administrativo. Gordillo destaca que es reiterada la *praxis* administrativa de expedir un acto con fecha anterior y, en su criterio, esto

no se fundamenta siempre en un acto de corrupción sino en la ineficacia administrativa y aunque no se trata de una conducta plausible, tampoco estima la anulabilidad del acto administrativo por un asunto de esta índole. Trevijano Fos propone que, de fondo, se trata de una falsedad en documento público; sin embargo, desde que no perjudique a un tercero, comparte la postura de Gordillo⁹. Este problema se traslada a la numeración de los actos, que deviene de una utilidad pragmática y no de un requerimiento jurídico.

En cuanto al lugar de expedición, el autor destaca que es un tema incapaz de viciar el acto administrativo, salvo en un escenario: cuando una norma prevé que la decisión debe tomarse en este o aquel recinto, como sucede comúnmente con los órganos colegiados de decisión, como las asambleas departamentales y los concejos municipales¹⁰. Actualmente, estas normas tienden a desaparecer, pues la implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones luego de la emergencia sanitaria del Covid-19 implicó la producción de un marco jurídico que permitiera desarrollar este tipo de funciones por medios electrónicos; de allí que la probabilidad de una nulidad en razón al lugar de expedición del acto desaparece lentamente.

Por último, Gordillo también se refiere a la firma como una formalidad¹¹; sin embargo, la ausente o defectuosa firma está relacionada con la manifestación o declaración de la voluntad; de allí que, aunque el asunto aparenta carácter *formal*, lo cierto es que sin firma no hay manifestación de la voluntad y, por lo tanto, no hay acto administrativo.

2. La publicidad como elemento de la forma

Ramón Martín Mateo propone que «Los elementos formales son los que trascienden a la forma de integración de la voluntad expresada en el acto, a la declaración de esta voluntad y a su *ulterior comunicación*»¹². En sentido similar, Gordillo critica la tendencia del derecho administrativo que estima que la publicidad no es un elemento de la forma de los actos administrativos, sino que se relaciona con la facultad de estos para producir efectos jurídicos. Dicho de otro modo, el autor no admite la idea clásica de que la publicidad del acto afecta su eficacia y no su existencia o validez.

⁹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A. Los actos administrativos. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 343.

¹⁰ GORDILLO. Op. Cit., p. 455-457.

¹¹ Ibid., p. 470-474.

¹² En su criterio: «No basta con que el acto administrativo refleje una voluntad, un deseo, una constancia de la Administración: no es suficiente que la voluntad de la Administración se exteriorice: es necesario que llegue a la órbita de los particulares para que produzca sus efectos» (MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de derecho administrativo. 9a ed. Madrid: instituto de Estudios de Administración Local, 1985. p. 323-327).

Su razonamiento es bastante simple: parte de la definición del acto administrativo como aquel que es apto para producir efectos jurídicos, de allí que si un acto administrativo solo produce efectos cuando se ha hecho público o ha sido notificado, entonces solo encaja en la definición de acto administrativo aquel que cumple el requisito de publicidad exigido. De otro modo, el acto administrativo que no es público no es oponible y, por lo tanto, no es apto para surtir efectos jurídicos, de allí que no es acto administrativo. Por lo anterior, estima que existen distintas *formas* de publicidad¹³:

La *publicación* procede respecto a los reglamentos. Consiste en la inclusión del acto administrativo en un boletín oficial, en un lugar visible destinado para tal fin, o en un medio electrónico. Sobre esta, no se comparte la idea de que se predica exclusivamente de los reglamentos, sino que también aplica a todos los actos administrativos generales. Esta diferencia con Gordillo puede fundarse en la noción misma del reglamento, pues a diferencia de un amplio sector de la doctrina que equipara los conceptos, se sostiene que el reglamento es una *especie* del género *acto administrativo general*, aquella con vocación de permanencia en el tiempo. En síntesis, se precisa que sería más correcto presumir la publicación de los actos administrativos generales y no solo de los reglamentos.

La *notificación* es la forma de publicidad idónea respecto de los actos administrativos particulares y puede cumplirse por distintos medios. Según Gordillo, para que sea válida debe: *i)* incluir copia integral del acto —en algunos casos—; *ii)* indicar los recursos pertinentes para contradecir el acto, así como el término para su interposición y los efectos que implica su presentación; *iii)* señalar la forma para observar integralmente el expediente administrativo; *iv)* realizarse oportunamente, según el término que para esto disponga norma preexistente¹⁴. Por último, la notificación *verbal* procede en el caso de actos administrativos verbales; y la *espontánea* se configura cuando el particular invoca los efectos del acto sin la notificación oficiosa de la Administración.

Aunque el planteamiento de la publicidad como parte de la forma es bastante interesante, el texto se aparta de las consideraciones de Gordillo. Como él mismo advierte en sus contradictores, quizá el argumento más fuerte es que la publicidad no integra el acto administrativo ni lo perfecciona; de allí que, cuando se incumple

¹³ Concluye: «Los abogados a los que nos interesa el funcionamiento del derecho prescindiremos de otras categorizaciones y nos ocuparemos de sus efectos jurídicos o carencia de ellos. Por ello decimos que además de las formas de instrumentación o documentación deben enunciarse las *formas* de publicidad. Poco importa que se postule que la publicidad es o no elemento del acto, o si el acto y su notificación concurren o no como dos actos separados a producir un mismo efecto jurídico» (énfasis fuera de texto (GORDILLO. Op. Cit., pp. 479-480).

¹⁴ Ibid., pp. 483-486.

algún presupuesto de la correcta notificación, esta repercute en la producción de los efectos jurídicos del acto notificado, no en su legalidad. Si bien le asiste razón en que los actos administrativos están llamados a producir efectos jurídicos, este elemento de la definición se relaciona con la «vocación» o la «capacidad» del acto de producirlos, no con su efectiva producción. De allí que bien puede existir y presumirse válido un acto administrativo, aunque aún no produzca efectos; lo importante es que contenga una decisión capaz de hacerlo.

3. Derecho administrativo: un derecho de formas

Mientras en el derecho privado impera la libertad para que los particulares expresen su voluntad, realicen actos y negocios jurídicos; el derecho administrativo se ha concebido tradicionalmente como un derecho donde prevalecen las formalidades. Pero ¿cuál es la importancia de las formas? Gordillo sostiene que estas «No están hechas individualmente en interés de uno o del otro, sino de la sociedad, para que la administración se vea limitada a no actuar intempestiva, inconsulta, inaudita, irreflexivamente»¹⁵. El doctrinante sostiene que, tal es la importancia de la formalidad que, sin esta, el Estado no logra manifestar su voluntad, de allí que su incumplimiento supone la inexistencia de una declaración de voluntad administrativa¹⁶. Se comparte la idea de que los requisitos de forma tienen la finalidad de estructurar y preparar la voluntad de la Administración, para que esta no sea producto de un arbitrio, sino la conclusión de un razonamiento estructurado y serio, respetuoso de las previsiones legales.

El sometimiento del Estado al principio de legalidad implica el acatamiento de las formas previstas en la ley para exteriorizar la voluntad, por lo tanto, su seguimiento es una reafirmación del deber de actuar conforma a límites popularmente establecidos. Ahora bien, ignorar cualquier requisito de forma no supone incurrir en una causal de nulidad. Trevijano Fos plantea que «[...] el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad del acto cuando éste carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión

¹⁵ Ibid., p. 447.

¹⁶ En sus términos: «Puesto que la forma tiene por objeto constatar o manifestar al mundo la existencia de la voluntad estatal, su total ausencia va también acompañada de la total ausencia de la voluntad, porque su existencia no ha sido documentada y por lo tanto se tiene por no producida. En otros términos, la falta de forma de documentación implicará en muchos casos falta de voluntad administrativa. No creemos por ello acertado considerar que cuando falta la forma de constatación y también la voluntad administrativa, el defecto del acto sea nada más que de forma. Cuando la voluntad administrativa no se expresa o exterioriza, ni por las vías generales previstas por la ley ni por otras, de manera tal que no se puede reconocer que hay una manifestación de voluntad de la administración, el defecto no reside en la falta de forma— aunque en el hecho ella falta—, sino en la ausencia de voluntad administrativa» (Ibid., p. 487).

de los interesados»¹⁷. La posición de indefensión a la que se refiere se determina en cada caso concreto y supone estudiar si detrás de la transgresión formal se esconde la imposibilidad para ejercer un derecho, de allí que la doctrina ha distinguido entre los vicios de forma *sustanciales* y los *accidentales*.

Los primeros son aquellos que surgen del incumplimiento de una carga formal que se refleja en la vulneración de un derecho, la transformación de la decisión o que traducen una posición de indefensión para la Administración o para el ciudadano. Los segundos son los demás que no tienen este alcance y que, al no alterar la decisión no son susceptibles de nulidad. En sentido contrario, Alessi y Gordillo estiman que todas las formas son *sustanciales*, pues cada formalidad encierra una finalidad¹⁸.

En Colombia, el artículo 137 del CPACA dispone las causales de nulidad de los actos administrativos, y enlista el vicio de «expedición en forma irregular». La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que: «[...] la expedición irregular es un vicio de nulidad de los actos que se materializa cuando se vulnera el procedimiento determinado para la formación y expedición de un acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías en el trámite de expedición del mismo, en otras palabras, cuando se cuestiona la forma en la que se profirió el respectivo acto»¹⁹. Adicionalmente, acogiendo la distinción doctrinal, la Corporación es incisiva al precisar que solo los vicios *sustanciales* suponen la causal de expedición irregular.

Bibliografía

Doctrina

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A. Los actos administrativos. Madrid: Editorial Civitas, 1986. 438 p.

GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto & LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de derecho administrativo. 13° ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. 681 p.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 3. 10ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011. 596 p.

¹⁷ GARCÍA-TREVIJANO FOS. Op. Cit., p. 401-402; MARTÍN MATEO. Op. Cit., p. 323.

¹⁸ GORDILLO. Op. Cit., p. 487.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 3 de agosto de 2015. Rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

MARIENHOFF, Miguel Santiago. Tratado de derecho administrativo: Servicios públicos y actos de la administración pública. Tomo II. Argentina: Abeledo Perrot. 2010. 735 p.

MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de derecho administrativo. 9a ed. Madrid: instituto de Estudios de Administración Local, 1985. 575 p.

ZANOBINI, Guido. Curso de derecho administrativo: parte general. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2020. 282 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 3 de agosto de 2015. Rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

