

ENSAYO JURÍDICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

TEORÍA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO: EL PERFECCIONAMIENTO, LA EXISTENCIA, LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DEL ACTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NULIDAD, LA REVOCATORIA Y LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS JURÍDICOS

Por:

Libardo Orlando Riascos Gómez

Doctor en Derecho

Lriascos@udenar.edu.co

2008

ABSTRACT

Esta investigación bibliográfica, basada en fuentes escritas y fuentes electrónicas, presenta el estudio de la Teoría General y Especial del Acto Administrativo en Colombia. El Acto Administrativo es el acto normativo que por regla general lo emiten los funcionarios administrativos del Estado, a nivel nacional, departamental, distrital, municipal y corregimental; y por excepción, lo emiten los demás servidores del Estado pertenecientes a las otras ramas del poder público (legislativo y judicial), los “organismos de control” fiscal (Contraloría) y conductal o Disciplinario (Procuraduría y la Defensoría del Pueblo), los “organismos electorales” y las personas particulares cuando unos y otras funciones públicas. Finalmente, se analiza en la Teoría especial del Acto administrativo, las figuras de la nulidad, la suspensión y la revocatoria de actos.

Palabras claves: Acto normativo, Estado, Rama Ejecutiva, Poder Público, Nulidad, Suspensión y Revocatoria.

ABSTRACT

This bibliographical investigation, based on written sources and electronic sources, presents the study of the General and Special Theory of the Administrative Act in Colombia. The Administrative Act is the normative act that for general rule the administrative officials of the State emit it, at national, departmental level, distrital, municipal and corregimental; and for exception, they emit it the other servants of the State belonging to the other branches of the public power (legislative and judicial), those “control organisms” financial (Contraloría) and Disciplinary (Procurator of State and Defense of the Town), those “electoral organisms” and particular people when some and other public functions. Finally, it is analyzed in the special Theory of the administrative Act, the figures of the nullity, the suspension and the abrogative of acts.

Key words: normative Act, State, Executive Branch, Public Power, Nullity, Suspension and Abrogative.

CONTENIDO

PARTE PRIMERA:

TEORIA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO I

1. [NECESIDAD DE LA TEMATICA](#)

- 1.1 CONCEPTUALIZACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO
2. [RESEÑA HISTÓRICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO.](#)
3. [TEORÍAS SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO](#)
- 3.1. Teoría Orgánica o formal
- 3.2. Teoría Material o de contenido
- 3.3. Teoría Funcional o jurisdiccional
- 3.4. Teoría de la Jerarquía Normativa o Merkleliana

DESARROLLO

1. NECESIDAD DE LA TEMATICA

La Teoría General y Especial del Acto Administrativo, tiene como fundamento en las actividades, gestiones y decisiones escritas, verbales, gestuales o de cualquier otro tipo idóneo y decisorial de la Administración del Estado y la de los particulares que por excepción cumplen funciones administrativas en una cualquiera de las tres ramas del poder público, tal como lo estipula el artículo 1º del Código Contencioso-Administrativo Colombiano --C.C.A.-- (Decreto 01 de 1984, Enero 2, modificado por el Decreto 2304 de 1989 y por la Ley 446 de 1998).

Bien es cierto, que las actividades o gestiones de la Administración del Estado no sólo se concretan en Actos Administrativos (Individuales, personales o subjetivos y/o generales, impersonales u objetivos), sino que también se representan en hechos, vías de hecho, operaciones administrativas, abstenciones, entre otras. En tal virtud, en el presente programa sin desconocer estas otras fuentes de actividad y gestión administrativa del Estado, mayoritariamente nos dedicaremos al estudio, análisis y práctica del Acto y Procedimiento administrativo en sede administrativa.

Todo acto administrativo subjetivo (que crea, extingue o modifica una situación jurídica personal, concreta o individualizada) u objetivo (que crea, modifica o extingue un situación jurídica general, abstracta o impersonal), para llegar a serlo debe ineludiblemente ser la consecuencia jurídica de un procedimiento administrativo en sede administrativa con sus correspondientes etapas de iniciación (de parte o de oficio), desarrollo (*litis contestatio* y período de pruebas), instrucción (decreto y práctica de pruebas, alegaciones) y terminación del proceso (normal o anormalmente por desistimiento, transacción, o declaratoria de caducidad, entre otras formas). Por ello, es conveniente en este pequeño ensayo jurídico sobre la Teoría del Acto, estudiar los fundamentos básicos de dicho procedimiento o *iter procesalis*, sin el cual no puede existir, por regla general, un acto administrativo.

En efecto, analizaremos el Procedimiento Administrativo Colombiano, inmerso en las instituciones de la nulidad, la revocatoria y la suspensión del acto administrativo en sede administrativa y jurisdiccional, respectivamente, teniendo en cuenta que el estudio de esta institución jurídico-administrativa, ha sido poco abordada en la doctrina y jurisprudencia nativa, quizá porque en el plano legislativo, las normas ius-administrativas, especialmente el Código Contencioso-administrativo, sólo se refiere a este procedimiento, cuando paradójicamente hace relación a la “conclusión de los procedimientos administrativos” (firmeza de los actos administrativos, agotamiento de la vía gubernativa, carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, pérdida de la fuerza ejecutiva, artículos 62 a 67 C.C.A.), luego de titular la parte primera del libro I, del C.C.A., como de “Los procedimientos administrativos”, sin abordar sistemáticamente su estudio, organización, clasificación, etapas principales, accesorias o contingentes, efectos jurídico-materiales o procedimentales, etc.

El Acto administrativo como producto conclusivo de un procedimiento previo, es quizá una de las más importantes actividades de la administración pública o estatal. En Colombia, esta circunstancia se ve potenciada, porque con base en el ordenamiento jurídico vigente el acto administrativo es producido por una cualquiera de las tres ramas del poder público o por los particulares con funciones públicas, en forma excepcional.

El Acto administrativo, por regla general, suele ser una de las formas típicas de culminación de un procedimiento administrativo en sede administrativa, por ello el procedimiento se compone de etapas de iniciación, desarrollo y terminación, las cuales independiente como correlativamente producen efectos jurídicos y materiales. Algunas etapas contingentes como las que pueden ocasionarse en la iniciación del proceso, tienen efectos asegurativos y precautelativos para la efectiva y real terminación de un procedimiento administrativo. Estos efectos sólo son posibles a través de las llamadas “medidas cautelares”, provisionales o precautelativas del procedimiento administrativo. Algunos ejemplos de esas cautelas en sede administrativa son las medidas de suspensión de sueldo o empleo de los empleados públicos cuando se les adelanta procedimientos administrativos disciplinarios, fiscales o tributarios.

Pese a que en la mayoría de programas académicos relativos al Derecho Administrativo Especial, sólo se refieren al estudio del Acto Administrativo producido por la Administración Central, Regional, Seccional y Local; entendiéndose por administración sólo aquella referida a la que pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público, nosotros hemos creído que tal postura es una visión miope y parcial del estudio de esa gran institución jurídico-administrativa que es el acto administrativo. Por ello, como se ha dicho antes, el acto administrativo, no es más que una exteriorización de las decisiones escritas, verbales o gestuales de las “autoridades” pertenecientes a una de las tres ramas del poder público, con efectos jurídicos, materiales y procesales, y por tanto, no son decisiones normativas exclusivas de la rama ejecutiva del poder público, sino que bien pueden ser originarias de la rama legislativa, jurisdiccional, de los llamados “órganos de control” (Contraloría, Procuraduría, Defensoría del Pueblo), de los “organismos electorales” (Registrador del Estado Civil y Comités electorales) e incluso las personas de carácter privado siempre que ejecuten una función eminentemente administrativa, tales como las Cámaras de Comercio, la Federación de Cafeteros, las Cajas de Compensación, entre muchas otras.

En tal virtud, tanto el nacimiento, teorías de formación del acto administrativo, clasificación, como las consecuenciales figuras jurídico-administrativas de eficacia, validez, perfección, suspensión, revocación y anulación del acto administrativo, se estudiarán dentro de la perspectiva holística de las tres ramas del poder público y no desde el punto de vista tradicional y parcializado de la rama ejecutiva del poder público, tal como ha sido costumbre inveterada en nuestra doctrina y jurisprudencia colombianas.

1.1. CONCEPTUALIZACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Muy a pesar de que el Decreto-ley 01 de 1984, en su artículo 83, definía el acto administrativo como “*las conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia*”, hoy por hoy, en vigencia del Código Contencioso-Administrativo --C.C.A-- (Decreto-Ley 01/84, modificado por el Decreto-Ley 2304 de 1989 y la Ley 446 de 1998), abandona toda definición tanto de acto administrativo como de institución jurídico-administrativa, para nominarlos expresamente pero sin entrar a definirlos. Deja esta actividad a la doctrina y a la jurisprudencia cuando unos y otros deban analizar, estudiar o aplicar la figura jurídico-administrativa.

Por ello, en el presente ensayo jurídico asumiendo el reto planteado por el legislador colombiano en el ámbito del derecho administrativo --que por cierto agota y materializa el derecho público--, a partir de 1989, creemos conveniente traer a colación *ab initio*, los conceptos vertidos sobre el acto administrativo en el derecho administrativo comparado, particularmente en el derecho francés y español; así como los conceptos doctrinales sobre la materia sostenidos por la doctrina nativa. *A posteriori*, analizaremos la postura legislativa planteada en el Estatuto de Control y producción ius-administrativista denominado Código Contencioso Administrativo Colombiano (C.C.A.), y la visión jurisprudencial sobre la

conceptualización del acto administrativo en coexistencia con las demás actividades o gestiones administrativas de la llamada Administración Pública o Estatal, es decir, de los “hechos administrativos”, “vías de hecho”, “operaciones administrativas”, “abstenciones” y “omisiones” de carácter administrativo.

En efecto, el ius-administrativista español *Entrena Cuesta* ⁽¹⁾, manifiesta que el acto administrativo es un acto jurídico realizado por la administración con arreglo al Derecho Administrativo. Se dice que es un acto jurídico porque consiste en un hecho humano realizado por la voluntad consciente y exteriorizada, que produce efectos jurídicos. Sin embargo, no toda manifestación de la voluntad exteriorizada para la producción de un acto administrativo, se concreta tal como lo propone el tratadista, pues hay que admitir que el contenido de un acto podrá estar integrado también por una manifestación de juicio, de deseo, de conocimiento, en fin, de otros aspectos que no necesariamente son producto de la voluntad consciente, tal es el caso, por ejemplo, de la expedición de un certificado solicitado a una autoridad administrativa competente, la emisión de un informe o dictamen de un órgano consultivo, entre otros, y en los cuales quizá no se requiera siempre la manifestación de voluntad, sino una actividad de juicio simplemente registral o expedidor de un acto, que por su contenido y significancia jurídica (efectos jurídico-materiales), constituyen un acto administrativo.

En el derecho administrativo colombiano, quizá siguiendo esta postura doctrinal ibérica, se plasmó en el fenecido artículo 83 del C.C.A., esta conceptualización de acto administrativo, al punto que se decía que éste era producto e influencia de “modo directo e inmediato (de) la voluntad o la inteligencia”. Esta definición legislativa de acto administrativo, pecaba por defecto como antes se anotó, pues deja por fuera otras posibilidades que no necesariamente son producto ni menos directo de la voluntad, como tendremos oportunidad de profundizar a lo largo de este ensayo jurídico.

De otro lado, la definición de acto administrativo del tratadista citado, es igualmente criticable porque estima que sólo constituye acto administrativo aquél que procede de la “administración”, entendiéndola genéricamente sólo a aquella perteneciente al grupo de órganos, unidades, dependencias o entidades pertenecientes a la rama ejecutiva del poder pública o que las que por extensión y expresión legislativa o constitucional se catalogan de tales. Aún en el ámbito del derecho administrativo ibérico, y con mayor razón en el derecho colombiano, se estima que no sólo la rama ejecutiva del poder público produce actos jurídicos o administrativos, pues se estima que las otras ramas del poder público u organismos que orgánica o estructuralmente no están ubicados en las tradicionales ramas del poder público (ejecutivo, legislativo o judicial), pueden crear o producir actos caracterizados de administrativos. Tal es el caso, de los organismos o entidades de cualquier nivel o jerarquía estatal o comunitario autónomo que ostenta funciones o actividades administrativas están legitimados para producir actos administrativos. v. gr. La Administración de la rama judicial, la Administración de la rama legislativa.

Más aún, en Colombia, no sólo las tres ramas del poder público tradicionales pueden emitir actos administrativos cuando ejercen una “función administrativa”, --que no es la función de su esencia y razón de ser, pero que lo hacen en forma excepcional-- sino también los llamados por la Constitución Estatal de 1991, “organismos de control” (artículo 118 y 267, ss., constitucionales) financiero, presupuestal, económico y de impacto ambiental (La Contraloría General de la República, Contralorías Departamentales y Municipales, como sus dependencias y secciones administrativas); así como, los organismos de control de la conducta y la actividad funcional de los servidores públicos colombianos, tanto de libre nombramiento y elección, de carrera, de período o de elección popular (El Ministerio Público: Procuraduría General de la Nación, Procuradurías Delegadas, Seccionales, Provinciales y las Personerías Municipales a nivel local).

Por si fuera poco, a tenor del artículo 1 del C.C.A., también pueden expedir actos administrativos las personas privadas cuando ejerciten una actividad administrativa por adscripción, vinculación o por delegación constitucional (artículo 211, constitucional) o legal. En este caso las personas jurídicas de carácter privado como las Cámaras de Comercio, las Cajas de compensación familiar, la Federación de Cafeteros, entre muchas otras, pueden producir actos administrativos cuando realicen actividades o cumplan funciones de carácter administrativo o público, tales como el registro, control y vigilancia de los comerciantes; la recreación, la salud o económico-laborales de los funcionarios estatales o, de comercialización, publicidad o control de uno de los primeros productos de exportación colombiana: el café; respectivamente.

Quizá por ello, la nueva técnica legislativa colombiano, a partir de 1989, decidió no entrar a definir el acto administrativo, sino que optó por reconocer la existencia jurídica de la institución jurídico-administrativa, sus efectos jurídicos que esta produce desde su nacimiento hasta su extinción, así como su carácter vinculante entre las acciones o actividades de la Administración Pública o estatal y el reconocimiento, extinción o modificación de los derechos subjetivos, fundamentales o constitucionales del administrado, particular o ciudadano, plasmado en un acto jurídico conocido universalmente como acto administrativo. Y finalmente, el cuestionamiento en vía administrativa (mal llamada "vía gubernativa") a través de los recursos administrativos (reposición, apelación y queja del artículo 49 y siguientes del C.C.A.), o en vía judicial contencioso-administrativa, por medio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho ("Acción resarcitoria"), según los artículos 84 y 85 del C.C.A.

Por todo esto, resultaba anti-técnica la definición de acto administrativo en vigencia del artículo 83 del Decreto 01 de 1984, máxime que utilizaba posturas limitantes o restrictivas del real entendimiento y visión de lo que podía catalogarse de acto administrativo. Recortaba la capacidad de interpretación y hermenéutica jurídica que tanto la doctrina como la jurisprudencia pudieran haberle dado a la institución jurídico-administrativa e incurría en imperdonables asimilaciones de figuras jurídico-administrativas que tenía un origen distinto aunque sean producidas o como causa-efecto de la denominada Administración Pública o estatal.

Tal es el caso, por ejemplo de las expresiones "conductas" y "abstenciones"^[2] utilizadas por el añejo artículo 83, para definir al acto administrativo, pues como se sabe las "conductas" y las "abstenciones", no son otra cosa que las manifestaciones positivas o negativas de la voluntad, que se ven innecesariamente potenciadas al final de la definición de acto administrativo, al decir que el acto es producto de la "voluntad o la inteligencia", vale decir, resultado de la actividad de seres humanos exclusiva y excluyentemente. En aquella definición se observaba que el acto administrativo era una consecuencia indefectible de la voluntad humana (positiva o negativa) y no cabía ninguna otra posibilidad o teoría sobre el origen del acto administrativo que no sea la de orden volitivo.

Pero lo que más llamaba la atención de aquella definición de acto administrativo era que se enfatizaba en el criterio o teoría volitiva en su nacimiento y producción y a renglón seguido se remataba que ese acto debía ser "capaz" de producir "efectos jurídicos", pues de lo contrario no constituiría acto administrativo. Esta aptitud legislativa fue criticada por la doctrina ius-administrativista colombiana (*Libardo Rodríguez, Gustavo Penagos, Younes Moreno*, entre muchos otros), puesto que al considerar que es acto administrativo --o "acto jurídico", como dice el derecho ibérico-- se entiende que este produce efectos jurídicos desde el mismo momento que se manifiesta o exterioriza, expide, notifica o publica por la autoridad administrativa competente. Si esto es así, resulta pleonástico decir que es acto administrativo porque produce efectos jurídicos, ya que si es un acto jurídico, los efectos indefectiblemente son de idéntica naturaleza.

Pese a lo dicho, el concepto de acto administrativo adoptado en el derecho español, también es criticable, por cuanto presupone que el acto jurídico para ser considerado administrativo debe estar sometido sólo al derecho administrativo.

En efecto, la postura excluyente que adopta el derecho ibérico al definir de acto jurídico al derecho administrativo, siempre que este sometido al derecho administrativo, irreconcilia aquellos actos que pueden surgir de actividades inicialmente nacidas en la órbita del derecho privado o común, pero luego admitidas en el derecho administrativo, por excepción y calificadas de administrativas. Es el caso, por ejemplo en el derecho colombiano, de las funciones o actividades de personas privadas que ejercen funciones administrativas, siendo entidades privadas sus actos se consideran administrativos por excepción cuando realicen funciones o actividades del Estado catalogadas de "administrativas". En tal virtud, en el ámbito colombiano no es definitorio de acto administrativo el de que el acto jurídico esté plenamente sometido al derecho administrativo.

Pero el colmo de la anti-técnica legislativa de aquél viejo artículo 83, se plasmaba cuando se asimilaba las definiciones de "operaciones administrativas" y de "vías de hecho" a la conceptualización de acto administrativo, muy a pesar de que advertía la mencionada norma que sólo era a los efectos producidos por el C.C.A. En cualquier caso, no se podía asimilar estas diversas instituciones jurídico-administrativas, puesto que cada una de ellas tiene un origen, efecto y construcción totalmente diferente, como veremos más adelante. Estos fenómenos jurídicos-administrativos han sido clarificados y diferenciados por la doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano ^[3].

En efecto, las operaciones administrativas se las ha calificado como los actos materiales de ejecución de lo decidido en un acto administrativo. Es decir aquellas actividades que el derecho español de plano las excluye como actos administrativos según lo expone *Entrena CUESTA* ^[4].

Las vías de hecho, se reputaban como una manifestación antijurídica del poder del Estado o de las facultades administrativas que por su ilicitud constituían la negación misma del acto administrativo. En Colombia, sólo puede hablarse de "vías de hecho", cuando la administración obra en ejercicio de un pretendido derecho que no tiene (falta absoluta de derecho), o cuando en ejercicio de un derecho que realmente tiene obra con ausencia total del procedimiento legal o aplicable distinto al señalado por la ley (falta absoluta de procedimiento) ^[5].

El profesor *PENAGOS* ^[6], define al acto administrativo, como: "*La manifestación de la voluntad del Estado que crea modifica o extingue una situación jurídica en forma unilateral*".

Esta definición concuerda con aquella vertida en el viejo artículo 83, tanto en el criterio o teoría volitiva del origen del acto administrativo como en el de los efectos producidos por este, con la aclaración de que estos son creadores, modificatorios o extintivos de una situación jurídica individual o general. Esto último quizá sea la cualidad exaltable de la definición, pese a que esta terminología ha sido tomada prestada del derecho administrativo francés como se verá *ut supra*.

Esta definición breve de acto administrativo plantea la posibilidad de que pueden surgir actos que se consideren administrativos de una cualquiera de las tres ramas del poder público, pues se hace mención a la voluntad del Estado *in genere* y no exclusivamente a una sola rama de poder. Esto resulta concordante con las nuevas teorías que plantean el origen de los actos administrativos basadas no exclusivamente en la estructura del Estado, sino en la función, gestión o actividad administrativas o en la impugnabilidad, contenido, características y efectos del mismo acto calificado de administrativo.

El francés *Georges VEDEL* ^[7] en una definición maximalista de acto administrativo no sólo explica lo que podríamos entender como acto administrativo sino que enuncia los elementos y características constitutivas de éste. Sin embargo la definición fue acogida por el derecho colombiano y nuestros tribunales administrativos por largo tiempo a tal punto que aún hoy tiene seguidores, bajo cubierta y en transliteraciones. *Ve-del*, consideraba que el acto administrativo, se encuentra entre

"... las prerrogativas del poder Público, la más característica sin duda alguna es de privilegio que tiene la administración de tomar las decisiones ejecutorias, es decir, de proferir actos unilaterales que crean derechos y obligaciones en provecho o a cargo de terceros, sin el consentimiento de éstos, y de ser ejecutados por la fuerza por la administración".

En dicha definición se plantea los rasgos característicos de los actos administrativos (unilateralidad, obligatoriedad, origen, modificación o extinción de derechos, etc), y por supuesto, ser un acto jurídico el que denominamos administrativo con una condición especialísima: ser una prerrogativa o privilegio del poder público.

El citado artículo 83, fue reformado parcialmente por el artículo 13 del Decreto-ley 2304 de 1989, que *ad pedem litterae*, sostiene:

"La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este Estatuto".

A partir de 1989, en el derecho colombiano, se abandona la técnica legislativa de definición de las instituciones jurídico-administrativas y se ingresa en el ámbito de la determinación expresa y diferenciada de las figuras jurídico-administrativas, como la de "acto administrativo", "vías de hecho", "hecho administrativo", "operaciones administrativas", pero se deja en manos de los operadores jurídicos, los doctrinantes y sobre todo, de los intérpretes e integradores del derecho (jueces individuales o colegiados) la tarea de entrar a conceptualizar dichas figuras jurídico-administrativas. La doctrina, particularmente acepta el reto y comienza a hablar de las teorías que originan los actos administrativos (La teoría formal, la material, la funcional y la denominada de jerarquía normativa, entre otras), y los métodos deductivos o inductivos que se pueden aplicar a una figura jurídica para extraer sus elementos, características o atributos que individual o en conjunto lleven la idea clara y expresa de una conceptualización.

Lo primero que hizo la norma reformativa del C.C.A., como se observa fue eliminar toda definición de acto administrativo, tal como lo había hecho el Decreto 01/84, a fin de evitar toda serie de críticas, tales como las esbozadas anteriormente. Se dejó así la posibilidad a la doctrina y jurisprudencia que pudiera enriquecer la conceptualización de acto administrativo, hasta tal punto que hoy en día tenemos un concepto por cada doctrinante e incluso según la jurisprudencia de las altas Cortes, bien se trate del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional, o más aún de los Tribunales Administrativos y en un futuro no muy lejano de los Juzgados Administrativos. Sin embargo, la claridad que debe quedar es que siempre habrá tendrá que haber una seguridad jurídica pese a la proliferación de jurisprudencias de los diferentes órganos jurisdiccionales y más aún cuando a la Corte Constitucional le compete pronunciarse en Sentencias de Unificación de la jurisprudencia nacional, sobre un tema determinado, tal como quedó plasmado desde la Constitución de 1991, para la Corte Constitucional, como órgano máximo de control y vigilancia del ordenamiento jurídico vigente colombiano. Esta proliferación de conceptualizaciones no significa en manera alguna que haya un caos conceptual, sino un sello personal de cada autor u organismo que identifica su análisis sobre un mismo fenómeno o figura jurídico-administrativa, para nuestro caso de acto administrativo.

Por todo ello, creemos conveniente retener los elementos, características o atributos del acto administrativo para entender su conceptualización sin dar una definición taxativa o inamovible.

En nuestro derecho, hoy por hoy, debemos tener en cuenta para conceptualizar al acto administrativo los siguientes rasgos característicos:

1) El acto administrativo constituye una decisión jurídico-administrativa realizada por una persona adscrita o vinculada a una entidad, organismo, dependencia o sección administrativa y perteneciente a una cualquiera de las tres ramas del poder público, a los “organismos del control” (contralorías y procuraduría), a los “órganos electorales” (Registraduría y Consejos electorales) de cualquier nivel, jerarquía o ámbito territorial y funcional; así como por personas jurídicas de derecho privado, cuando unos y otros, ejerzan una “función administrativa” estatal por disposición del ordenamiento jurídico vigente o por delegación constitucional o legal.

2) El acto administrativo como acto jurídico que es, crea, extingue o modifica situaciones jurídicas individuales (personales o concretas) y generales (abstractas o impersonales).

3) El acto administrativo surge a la vida jurídica desde el momento mismo en que se manifiesta la decisión final ius-administrativa por la autoridad o persona competente, previo un procedimiento administrativo breve, sumario o normal previsto en el ordenamiento jurídico vigente. El acto es válido y existe entonces, a partir de la notificación (acto subjetivo) o desde la publicación (acto objetivo), respectiva, momento desde el cual se presume ajustado al ordenamiento jurídico.

4) El acto administrativo como decisión jurídica unilateral se exterioriza efectivamente en forma verbal, escrita, tácita o gestualmente, aún cuando el destinatario o destinatarios no hayan dado su consentimiento.

5) El acto administrativo no es la única actividad, gestión o manifestación que deriva efectos jurídicos de parte de la llamada administración pública o estatal, aunque sí la de mayor relevancia, estudio y tratamiento jurídico-social. Son manifestaciones de la actividad administrativa que generan efectos jurídicos y responsabilidad estatal, las vías de hecho, las operaciones administrativas y los hechos administrativos.

6) Las controversias surgidas a raíz de la existencia, vigencia, validez, emisión irregular, falsa motivación, desviación de poder, falta de audiencia y derecho de defensa, falta de competencia o cualquier otra causa de forma o fondo en la expedición de un acto administrativo, serán de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa (jueces y Tribunales Administrativos y Consejo de Estado, según las reglas de competencia previstas en el C.C.A.), previamente agotando la vía administrativa o “gubernativa, si se trata de actos subjetivos.

2. RESEÑA HISTORICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Es indudable que el acto administrativo presupone la existencia de un actuar por parte de las entidades o autoridades e incluso de los particulares que cumplen una función eminentemente administrativa. Esta actuación, como es lógico conlleva o bien la creación, modificación o restricción de cargas y obligaciones a los administrados principales destinatarios de la misma; o bien les otorgan o extinguen derechos y beneficios. Esto significa que las decisiones unilaterales que tome la administración y las personas privadas con funciones administrativas estatales, nacen dentro de un marco institucional legítimamente constituido, o lo que es lo mismo en una órbita constitucional de separación de ramas del poder, de legitimidad de autoridades, de un Ordenamiento Jurídico vigente; y por su puesto, de destinatarios directos o indirectos de las decisiones de la Administración. Este cuadro de legitimidad y vigencia se alcanza inicialmente en un Estado de Derecho.

Quizá por ello se ha sostenido, que el acto administrativo, es una conquista del Estado de Derecho y de contera que no puede existir un Estado Moderno no sometido al derecho

cuando menos en su estructuración orgánica y funcionarial, en el funcionamiento, la actividad ius-administrativa y el control jurisdiccional.

El jurista *MARTIN MATEO* ^[8] al analizar brevemente el origen y sentido del acto administrativo, ha manifestado:

"El surgimiento del acto en el sentido del Derecho Administrativo podemos localizarlo a partir de la Revolución Francesa. La Administración, desde el primer momento, estuvo dotada de una singular fuerza frente a los administrados. Para evitar la paralización del poder Público se excluía la injerencia jurisdiccional frente a sus actos, como administración, dotándosele de exorbitantes poderes cuya utilización partía de la producción del acto cuya efectividad llevaba insita aquellos poderes. El sentido del acto administrativo como límite del poder judicial va a modificarse y complementarse posteriormente marcándose el énfasis en la mejor defensa del particular frente a la Administración, considerándose el acto administrativo como el foco de atención de las posibilidades defensivas de los administrado a ante la administración".

Estas apreciaciones del origen y sentido del acto administrativo nos informan preliminarmente que el acto no surgió en la actividad revisora, controladora y jurisprudencial de la jurisdicción especial (o contencioso-administrativa, como más tarde se le denominó), como ha sido costumbre manifestarlo por un sector de la doctrina ius-administrativista, sino por el contrario, surge como una actividad que excluía toda posible injerencia del actuar judicial en la producción de decisiones de la administración pública (inicialmente sólo asimilada a la rama ejecutiva del poder público, tanto en el derecho colombiano como ibérico), así como en la actividad de la administración que ostenta un cúmulo de privilegios o potestades estatales, aún vigentes y tales como: la unilateralidad, la ejecutividad, la ejecutoriedad e incluso la imposición por la fuerza de sus decisiones aún en detrimento de la voluntad de los particulares o administrados.

Sin embargo, el origen del acto, así como su posterior evolución, y aún su actual fortalecimiento se halla aparejado al surgimiento y evolución del Estado de Derecho, tanto en el derecho administrativo colombiano como ibérico.

3. TEORIAS SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO

El C.C.A., a partir de 1989, replanteó la concepción tradicional del acto administrativo, cuando menos en el origen y producción de la actividad administrativa y los órganos y funcionarios encargados de las mismas. La criteriología seguida para calificar o determinar si un acto jurídico es o no administrativo no ha sido ni es unánime. Por tal razón, han surgido diferentes teorías o criterios que tratan de explicar desde cada una de sus ópticas, las razones para calificar o descalificar su naturaleza jurídica y su *nomen iuris* de acto administrativo.

En efecto, aún en vigencia de la ley 167 de 1941 (primer y fenecido Código Contencioso-Administrativo colombiano), no se tenía un sólo criterio o teoría para calificar si era o no acto administrativo una decisión jurídica unilateral de la administración pública o estatal. En aquella época no sólo el criterio formal u orgánico era la causa y origen del Acto Administrativo, como algunos ius-administrativistas creyeron, sino que también se observaba en el texto la admisibilidad de otras teorías que explicaban el surgimiento de los actos administrativos, tales como la teoría funcionalista o la teoría kelseniana, entre otras, cuando se relacionaba las funciones de las autoridades administrativas y el ámbito territorial (nacional, departamental, "intendencial, comisarial" y municipal. El entrecomillado hoy como división político-administrativa de nuestro país no existe), como condición *sine qua nom* para la expedición, agotamiento de la vía administrativa y el control jurisdiccional del acto denominado administrativo.

Posteriormente y en vigencia del decreto 01 de 1984, con mucha mayor técnica y razón, se potenció el planteamiento de la no exclusividad de una teoría o criterio para calificar al acto administrativo. Por tanto, no existe un sólo criterio o teoría ius-administrativista para calificar la producción y actividad administrativa de los organismos del Estado y aún de los particulares con función pública, sino varias teorías que fundamentan sus posturas en la función, ámbito territorial, control jurisdiccional, contenido de la decisión o incluso en la forma exteriorizada de la misma.

Por estas razones es conveniente siquiera brevemente comentar las diversas teorías que se han expuesto con motivo del nacimiento de un fenómeno jurídico-administrativo, como lo es, el Acto Administrativo. Consecuentemente, analizaremos las posturas vertidas por los doctrinantes del derecho administrativo nativos y foráneos.

El consejero de Estado *Libardo RODRÍGUEZ* ^[9] al sistematizar las diferentes teorías en "la adopción del acto administrativo, los ha dividido en criterios clásicos" y los denominados "otros criterios". Entre los primeros criterios ubica los siguientes: el criterio orgánico u formal y el material. Entre los segundos, relaciona el criterio funcional o jurisdiccional, basado en las teorías expuestas por el francés André de LAUBADERE. Igualmente incorpora a este grupo, el criterio jerárquico, basado en los fundamentos del derecho gradado o por niveles expuesto por el austriaco *Hans KELSEN*

Veamos, sintéticamente cada una de las teorías y sus glosas:

3.1. TEORIA ORGANICA O FORMAL

Esta teoría toma como fundamento esencial para calificar al acto administrativo, el conjunto de trámites y etapas dirigidas a la formación del acto, la intervención de los sujetos en la creación o toma de la decisión, así como la concatenación de dichas etapas, la actividad de los sujetos en el "procedimiento de expedición" del acto y la forma normativa y rama del poder público que expide el acto jurídico.

Con base en estos predicamentos y en la vieja tri-división del poder público, los actos jurídicos serán legislativos, jurisdiccionales o administrativos, según se expidan por los parlamentarios en el Congreso de la República, o los jueces individuales o colegiados en la rama judicial, o los emitan los miembros, las autoridades, las entidades, los organismos o las secciones administrativas de la rama ejecutiva del poder público, respectivamente.

En tal virtud es acto administrativo si la decisión jurídica unilateral es proferida por una cualquiera de las autoridades, organismos o entidades administrativos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público.

Esta teoría se plasma en la Constitución Estatal de 1991, en el artículo 113, constitucional cuando expresa que las diferentes ramas del poder público, los órganos que las integran, así como los órganos autónomos e independientes, cumplen funciones estatales, separadas pero armónicamente relacionadas a los efectos y fines del Estado.

La Rama ejecutiva del poder público colombiano, a nivel nacional, esta compuesta por el Gobierno Nacional: El Presidente de la República (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema autoridad administrativa, artículo 189, constitucional), los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos (artículo 115, constitucional), por el Vicepresidente de la República (artículo 202, id). A nivel departamental, esta compuesta por los Gobernadores y secretarios de despacho, y a nivel municipal, por los Alcaldes y secretarios de despacho que cumplen funciones delegadas de estos (artículo 115, id. In fine).

Los actos administrativos que emiten estas autoridades nacionales, seccionales y locales adquieren un *nomen juris* adicionado así: actos administrativos del Presidente de la República (Decretos, Resoluciones, Directivas Presidenciales, órdenes, circulares), actos

administrativos del Vicepresidente de la República, Actos administrativos de los Superintendentes (bancaria, de servicios domiciliarios, de salud, etc), Actos administrativos de los directores de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta, actos administrativos de empresas sociales del Estado, de empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y de institutos científicos y tecnológicos; entre muchos otros, (artículo 38 de la Ley 489 de 1998).

A nivel seccional y local, los actos serán actos administrativos del Gobernador (artículo 303, constitucional) por funciones constitucionales propias (artículo 305, id) o funciones constitucionales delegadas del Presidente (artículo 305 y 315 ibidem). Actos administrativos de los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del departamento, como agentes del gobernador (artículo 305-5, id.) y actos administrativos de los secretarios del despacho de la gobernación que cumplen funciones delegadas del Gobernador (artículo 211, id.). A nivel municipal, serán: Actos administrativos del Alcalde (artículo 314 y 315 ibidem), actos administrativos de entidades descentralizadas del nivel municipal (artículo 315-3) y actos administrativos de los secretarios de despacho de la alcaldía que cumplen funciones constitucionales delegadas del Alcalde (artículo 211, id.)

Este criterio de calificación del acto sigue siendo primariamente válido porque determina -diríamos-- didácticamente que la rama ejecutiva histórica como normativamente siempre ha producido la mayor cantidad de actos administrativos. Quizá por ello, los actos jurídicos que emite la rama ejecutiva, primariamente se llamaron "administrativos" y aún hoy, pero por razones o causas históricas, no porque sólo la rama ejecutiva pueda dictar actos administrativos, pues en el ámbito del derecho colombiano, la capacidad y posibilidad de emitir actos administrativos se extiende a todos los organismos del estado y aún a las personas privadas, cuando unos y otros "cumplan funciones administrativas".

En efecto, hoy por hoy, en vigencia del reformado Decreto 01 de 1984 --C.C.A.--, sostener que es el único criterio para calificar un acto jurídico de administrativo, es cuando menos, equivoco, pues a tenor del artículo 1 y 83 del citado C.C.A, cualesquiera de las ramas del poder Público, los rama "organismos de control"(Ministerio Público y la Contraloría), los "Organismos de electorales" e incluso de los particulares con funciones administrativas emiten actos calificados de administrativos.

3.2. TEORIA MATERIAL O DE CONTENIDO

Esta teoría nace en la doctrina gala, con base en los fundamentos vertidos por LEON DUGUIT, padre de la llamada Escuela ius-administrativista de Burdeos (En el sector del país vasco-francés). La teoría expresa que los actos y funciones administrativas de califican según su naturaleza jurídica interna, según el contenido del acto en cuanto sea general o particular. Así, se analiza previamente las situaciones jurídicas que dan origen a los actos si son generales o si son particulares o individuales:

a) Si la situación jurídica que crea, modifica o extingue es de carácter general se dice que el acto tiene un contenido de efectos *erga omnes*, y tanto sus destinatarios son impersonales con tenido objetivo o estatutario.

b) Si la situación jurídica que crea, modifica o extingue es de carácter individual o subjetiva, se dice que el acto tiene un contenido de efectos *inter partes*, y por tanto sus destinatarios son personas individualizadas o determinables, ya como beneficiadas u obligadas a sus efectos.

En el derecho administrativo colombiano con base en esta teoría, clasifica a los Actos Administrativos se clasifican en actos administrativos subjetivos o individuales, actos administrativos generales o impersonales y actos administrativos condición, que tienen características del acto subjetivo y el acto objetivo.

a) ACTOS GENERALES O ACTOS REGLAS

Son aquellos que crean, modifican o suprimen situaciones jurídicas generales e impersonales v.gr. Los códigos o reglamentos administrativos emitidos por entidades administrativas o que cumplen funciones administrativas. Tal es el caso de las Asambleas Departamentales que como órganos administrativos de elección popular, cuando expiden “normas de policía” o Códigos Departamentales de Policía (artículo 300-8, constitucional). Igualmente los Concejos Municipales o Distritales cuando expiden reglamentos o Códigos de Policía (artículo 313 y 323, constitucionales. Ley 136 de 1994 y Ley 338 de 1998).

Son igualmente, y por regla general, actos administrativos reglas u objetivos, los que expiden los organismos universitarios de las Universidades Públicas, tales como los Consejos Superiores o Consejos Directivos, Los Consejos Académicos, Los Consejos de Administración, planeación o de investigación docente o docente y los Consejos de Facultad (artículo 69, constitucional, y principalmente, Ley 30 de 1992). Por excepción, estos funcionarios emiten actos académicos no sujetos al control y vigilancia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero sobre los cuales proceden recursos ante las mismas autoridades que expidieron los actos o ante los superiores jerárquicos, según lo establecen los estatutos o reglamentos internos de la entidad universitaria.

b) ACTOS INDIVIDUALES O SUBJETIVOS.

Son aquellos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica subjetiva o individual. En el actuar, funcionamiento y gestión de las llamadas “autoridades” o personas con funciones administrativas (artículo 1 C.C.A.), estas concretas sus decisiones jurídicas, por regla general, en actos administrativos personales, concretos o subjetivos. Así, son actos administrativos subjetivos; entre muchísimos otros que expiden los funcionarios estatales con función administrativa, los que expide el Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados, Seccionales y Provinciales, como representantes del Ministerio Público y en cumplimiento de las funciones constitucionales de “guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas” (artículo 118 y 277, constitucionales).

Particularmente, se expiden en cantidad considerable actos administrativos subjetivos, de gravamen o de sanción disciplinaria por parte de los miembros del Ministerio Público colombiano (incluido el Personero Municipal, a nivel local) y como resultado final de los procedimientos administrativos adelantados a los servidores o funcionarios del estado (artículos 122 a 131, constitucionales) de cualquier nivel administrativo, jerarquía, función o forma de vinculación (de libre nombramiento y remoción, de carrera, de período o de elección popular), tras estar incurso en faltas contra la ética profesional, la actividad funcional o laboral. Esta potestad o poder disciplinario “prevalente” que ostenta el Ministerio Público frente a cualquier otra autoridad administrativa de control de la conducta y actividad de los funcionarios estatales, se ejerce a través de los procedimientos disciplinarios denominados de “Supercontrol”, por oposición a la potestad disciplinaria de “autocontrol” ejercida por los funcionarios administrativos internamente en sus dependencias, despachos, organismos o entidades administrativas [110](#)

Igualmente, expide actos subjetivos el Contralor General de la República, los Contralores Seccionales y Locales, cuando cumplen funciones de “vigilancia fiscal y control de resultados de la administración” (artículo 119, 267 a 274, constitucionales) e involucran situaciones jurídicas concretas o personales. v.gr. Imposición de sanciones pecuniarias o disciplinarias derivadas de procedimientos administrativos de responsabilidad fiscal, de jurisdicción coactiva o disciplinarios (artículos 268-5, 268-8, constitucionales. Leyes 42 de 1992 y últimamente, Ley 610 de 2000).

En el ámbito universitario público, expiden actos administrativos subjetivos los Rectores y Vicerrectores, Decanos, Directores de Departamentos, Directores de Consultorios Jurídicos, Directores de Centros de Investigación, cuando involucren situaciones jurídicas personales determinadas o determinables o derechos fundamentales o constitucionales o previstos en el ordenamiento jurídico vigente (artículo 69, constitucional. Ley 30 de 1992, Ley 4 de 1992, Decreto-Ley 1444 de 1992, Decreto-ley 1221 de 1990). En consecuencia, son actos académicos por excepción cuando no incorporen decisiones jurídicas que creen, modifique o extingan una situación jurídica personal o personalizable, y por tanto no son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque sí procedan recursos internos ante la misma entidad universitaria, por expresa disposición de los reglamentos o normas jurídicas internas (Estatutos General, Docente, Administrativo, Estudiantil, entre otros).

c) ACTOS CONDICION

Son actos condición aquellos actos en los cuales se crea una situación jurídica inicialmente general o impersonal, la cual puede generar --y de hecho así es-- situaciones jurídicas personales o subjetivas, cuando aquellas se aplican a un caso concreto. Se dice entonces, que el acto condición se ubica en una posición intermedia entre el acto-regla y el acto subjetivo v. gr. El nombramiento de un funcionario del estado (mediante Resolución, es un acto administrativo subjetivo) se realiza en consideración a un *status* general previamente determinado de “*servidor público*” (artículo 122 y 123, constitucionales), reglamentado en la Constitución y el ordenamiento jurídico y a la existencia del “empleo público”, la “remuneración” y el manual específico de funciones. El reglamento que prevé el manual específico de funciones es un acto administrativo general u objetivo.

Quizá por ello, la Corte Constitucional Colombiana, ha expresado:

“ (...) Debe precisar la Corte que cuando el artículo 122 exige fijar las funciones de los empleados públicos, entre otros actos por medio de reglamentos, no se esta refiriendo exclusivamente a la ley que determina la estructura orgánica de la entidad pública, ni al manual de funciones que expide el Presidente de la República, sino también al manual específico de funciones de cada entidad”. ^[11]

3.3. TEORIA FUNCIONAL O JURISDICCIONAL

El tratadista francés, André de LAUBADERE al estudiar la naturaleza jurídica y la impugnabilidad de los actos administrativo, ante las autoridades judiciales, expone en términos del consejo de Estado colombiano *Libardo RODRÍGUEZ* ^[12] una nueva teoría para determinar o calificar si un acto jurídico es o no administrativo y por ende, si es o no recurrible ante la jurisdicción especial (o contencioso-administrativa, en nuestro derecho).

En tal virtud, si es acto administrativo será recurrible ante la jurisdicción especial y si no lo es será impugnable ante la jurisdicción ordinaria o común.

Aplicando esta teoría al derecho colombiano, se tiene que será acto administrativo y por tanto sometido al derecho administrativo aquél acto que es objeto del control y revisión judicial por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa y no lo será, aquél que el mismo ordenamiento jurídico o el C.C.A., expresamente diga que no lo es.

Por regla general, el C.C.A., dispone que son actos administrativos todos los recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa y previstos en los artículos 1, 82 y 83, entre los más relevantes. Y, son actos recurribles ante la jurisdicción los que expresamente también se relacionan en el Código citado, aunque nominativamente no se llamen actos administrativos, tales como los llamados “*actos políticos o de gobierno*”, que en esencia son una modalidad de actos administrativos ^[13] son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa por expresa disposición del artículo 82-2, del C.C.A.

A título de ejemplo, no constituirían acto administrativo, y por tanto, no serán actos recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los siguientes:

a) Los actos surgidos con ocasión o como resultado de una función, gestión, actividad o trámite de un procedimiento militar o de policía, que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación del orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas (artículo 1 C.C.A.);

b) Los actos expedidos en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción (artículo 1 id.), es decir, la facultad discrecional nominativa o de remoción que ostentan los funcionarios del Estado dentro de la función pública.

c) Los actos o decisiones proferidas por las autoridades civiles o penales de policía en sus respectivos procedimientos (artículo 82, *in fine*), pese a que “en materia de policía, por regla general la actuación es típicamente administrativa” (Consejo de Estado, -C.E.-, Sección Primera, Sentencia de Mayo 5 de 1995).

d) Los actos de inscripción en el registro mercantil no son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que constituyen actos de derecho privado. (C.E., Sección Primera, Auto de Julio 26 de 1985).

e) Los actos académicos de las universidades públicas no son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se entiende que son actos académicos aquellos que emanan de la Institución universitaria como establecimiento público de carácter docente e investigativo, autónomo, con personería jurídica, gobierno, patrimonio y rentas propias. Con base en esa autonomía la universidad

“cumple funciones tales como el señalamiento del calendario académico, planes de enseñanza e investigación, sistema de calificaciones, de exámenes y matrículas, títulos, grados y sanciones disciplinarias...de carácter académico...en cuanto hace al rendimiento en las asignaturas inscritas en un período académico... Es indiscutible que actos que tienen que ver exclusivamente con la autonomía académica, no lesionan derechos civiles ni administrativos” (C.E., Sección Primera, Auto Marzo 17 de 1984, en idéntico tenor, el Auto de Enero 15 de 1985)

e) Los actos proferidos por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y los Consejos no son actos administrativos sino jurisdiccionales por disposición de la Constitución de 1991 (artículo 254, constitucional). En efecto, los procedimientos disciplinarios adelantados a los funcionarios y empleados de la rama judicial como a los abogados en ejercicio desde la expedición del Decreto-ley 1888 de Agosto 23 de 1988 y el Decreto-Ley 196 de 1971, son de naturaleza jurídica jurisdiccional y no administrativa. Nosotros sostenemos que la naturaleza es administrativa en el documento electrónico intitulado: [la judicialización del procedimiento administrativo disciplinario de los funcionarios y empleados de la rama judicial.](#)

Pese a lo dicho, en el derecho administrativo colombiano, esta teoría calificatoria de actos administrativos debe matizarse, pues no todo acto que no sea recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, *ipso iure* se reputa no acto administrativo. Es el caso, de los llamados “actos de trámite, preparatorios o de ejecución” (artículo 49 C.C.A.), que siendo una modalidad de actos administrativos, contra ellos, por regla general, no procede recursos administrativos en sede administrativa y no son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por cuanto son actos que no ponen fin a una actuación administrativa, sino que la facilitan, impulsan, preparan o cumplen, según el caso y circunstancias específicas. v. gr. El “pliego de cargos” en un procedimiento administrativo disciplinario, por su esencia,

contenido y finalidades es un acto administrativo de trámite irrecurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa (C.E., Auto de Marzo 5 de 1986).

Por excepción, los actos administrativos de trámite son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando puedan poner “fin a una actuación” que a su vez “resulte imposible continuarla” (artículo 50, *in fine*)

Finalmente, debe clarificarse que la teoría o criterio jurisdiccional para la calificación del acto administrativo, haciendo parte del criterio funcional no debe confundirse con la teoría orgánica o formal, pese a que uno y otro presuponen el actuar de las diferentes ramas del poder Público, puesto que el criterio funcional hace énfasis en dos aspectos: el de la creación del acto (los sujetos que intervienen) y el de la revisión o control jurisdiccional (actividad funcional de los órganos de poder público). En cambio, la teoría orgánica o formal, hace énfasis en la estructura, pura y simple, del poder público y a consecuencia de ella, se califica de acto administrativo si lo emite la rama ejecutiva del poder, acto legislativo (leyes) si lo expide el Congreso de la República, o de acto jurisdiccional (providencias judiciales), si los emite la rama judicial.

3.4. TEORIA DE LA JERARQUIA NORMATIVA O MERKLELIANA

La teoría de la jerarquía normativa o Merkleliana, surge en los estudios elaborados por el austriaco Adolf MERKL, el cual retomó, los estudios, los principios y las teorías vertidas por la llamada “escuela normativista” del derecho, propuesta por su compatriota Hans *KELSEN* ^[14] cuando expresaba:

“... La noción de jerarquía de los actos juega papel capital en la construcción y la explicación del ordenamiento jurídico. Es a través de ella como se combinan, se ordenan y se armonizan, en el seno de un sistema jurídico, las diferentes fuentes del derecho”

Esta teoría sostiene que la Constitución (o ley fundamental austriaca), constituye la base de todo el ordenamiento jurídico, y como tal, sobre ésta se levanta, organiza y jerarquiza el resto del ordenamiento jurídico conformado por leyes parlamentarias y por normas jurídicas de órganos soberanos del Estado.

Como sostiene el profesor *Coral QUINTERO* ^[15], la gradación de normas postulada por *Kelsen*, parte del presupuesto básico de que la Constitución representa el nivel más alto del derecho y a partir de allí se dan cuatro niveles o grados de jerarquía, a saber: a) Grado A: Representado por la Norma Abstracta y general que es la misma Constitución; b) Grado B: Representado por La Norma General que es la ley; c) Grado C: La Norma concreta o el Reglamento; y, d) Grado D: Norma individualizada que es la decisión jurídica y el contrato como origen de una norma para las partes.

En el derecho público y el particular en el derecho administrativo colombiano, que prácticamente lo agota, los planteamientos de *Merkl* y *Kelsen*, hoy por hoy, tienen plena validez y vigencia, puesto que esta visión gradada del ordenamiento jurídico es fácilmente asimilable en nuestro derecho.

En efecto, el Grado A, estaría representado por la Constitución Política de 1991; el Grado B, estaría representado por las leyes del Congreso y los decretos-leyes o actos con fuerza y rango de ley, expedidos por el Presidente de la República en virtud de su calidad de “legislador extraordinario” en el ámbito colombiano; el Grado C, esta representado por los actos administrativos generales o abstractos emitidos por todos los funcionarios y autoridades del estado, en las condiciones y predicamentos del artículo 1 del C.C.A., e incluso aquellos actos administrativos expedidos por las personas privadas con funciones administrativas. Esto por cuanto el Reglamento del derecho austriaco no es más que un

acto administrativo general en nuestra nomenclatura jurídica; y finalmente, el Grado D, está representado por los actos administrativos subjetivos, expedido en las condiciones y predicamentos del artículo 1 del C.C.A. Esto y no otra cosa, es lo que se entendería como “norma individualizada” o “decisión jurídica”, propuesta por Kelsen en su teoría gradada de normas jurídicas.

Los actos administrativos objetivos y subjetivos que ocuparían el nivel más bajo de jerarquía normativa en el derecho colombiano, está subdividido a su vez desde el punto de vista territorial, respetando la autonomía de las entidades territoriales reconocidas por la propia constitución de 1991. De esta forma, existirán actos administrativos de carácter nacional (autoridades administrativas del nivel central y nacional, como los del Gobierno Nacional, los Directores de Departamento Administrativos, Los superintendentes, etc), los de carácter seccional (autoridades departamentales, como el Gobernador, la Asamblea, la Contraloría, etc), los de carácter local (autoridades distritales y municipales, como los actos de los alcaldes, los concejos, el Personero, el Contralor, etc).

Ahora bien, con base en la autonomía territorial (artículos 285 a 288, constitucionales) y funcional (artículos 298, 311, 322 y 330, constitucionales) de los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, las autoridades que gobiernan, administran, vigilan y controlan la actividad fiscal, tributaria y conducta de los servidores públicos, expiden actos administrativos seccionales y locales autónomos en los cuales no opera el principio de jerarquía gradada de actos administrativos, puesto que el departamento y sus autoridades, el municipio y las autoridades que lo representan, y en fin, los demás entidades territoriales, gozan de una autonomía sólo limitada por la constitución y la ley, y en tal virtud, un acto administrativo del Alcalde no podría jerárquicamente hablando estar sometido a un acto administrativo proferido por el Gobernador, salvo que se tratara de asuntos y conservación del orden público y en materia económica y presupuestal (artículos 295, 296 y 315, constitucionales). Aspecto diferente es que el Gobernador, todavía retenga atribuciones ejercidas a través del llamado “control de tutela” de actos jurídicos y personas, como aquellos previstos en la Ley 3 y el Decreto-Ley 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), en lo referente a la revisión jurídica de actos administrativos emitidos por el Concejo Municipal (Acuerdos), de cara a controlar la conveniencia, la legalidad o la constitucionalidad de los mismos. Este control retenido por entidades y autoridades administrativas, hoy autónomas, en nuestro sentir tiene claros visos de inconstitucionalidad, por transgredir, la autonomía territorial prevista en la Constitución (potestad de darse sus propias autoridades, su régimen funcional, competencial, administrar recursos y tributos y participar de las rentas nacionales, artículo 287, constitucional. Potestad que tiene como límite la propia Constitución y las leyes).

Las cuatro teorías o criterios vistas sobre el origen del acto administrativo son las más relevantes dentro de la constelación de teorías que presentan, defienden y critican los diferentes tratadistas del derecho administrativo.

Los ius-administrativistas colombianos Rodríguez y Penagos, se encargan de resaltar sus críticas sobre las teorías comentadas, por resultar algunas muy didácticas, otras muy limitadas o incluso con bases muy superficiales. Más aún, –dicen– estas observaciones ya se hacían desde la Ley 167 de 1941 (derogado C.C.A.), en el cual con algunas excepciones predominaba sobre los demás el criterio material y orgánico en la producción de actos administrativos.

Pese a lo dicho en el actual C.C.A., (o Estatuto normativo del acto y la función administrativa), se observa la aplicación mixta de las diferentes teorías expuestas para la calificación y determinación del origen de los actos y las funciones como administrativas. Nuestro régimen jurídico no se halla matriculado en forma exclusiva y excluyente a ninguna teoría o criterio para la determinación y nominación de actos administrativos, por ello, el operador jurídico colombiano deberá en cada caso aplicar la teoría precedente según el

contenido, la forma, los efectos jurídicos, la jerarquización de las normas o la impugnabilidad o no del acto jurídico, para saber si se halla o no ante un acto administrativo, siempre y cuando, el ordenamiento jurídico vigente no lo haya hecho expresa o tácitamente.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) [Vid.](#) ENTREGA CUESTA, Rafael. **CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**. vol. I., 7a. ed., Ed. Tecnos, Madrid (E), 1982, págs. 183-84.
- (2) Cfr. MORA OSEJO, Humberto. **COMENTARIOS DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, 2a, ed. Cámara de Comercio, Bogotá, pág, 135-136. El jurista nariñense Humberto Mora Osejo al comentar el artículo 83 y en particular sobre la expresión "abstenciones", ha conceptuado: "En efecto, la abstención deliberada no necesariamente es un acto administrativo y, además, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales administrativos que la omisión es un hecho, el cual muchas veces es voluntario, culposo, pero voluntario del mismo modo, no necesariamente los hechos administrativos son involuntarios, porque hay muchos involuntarios. De manera que esas nociones de actos y hechos administrativos, por no corresponder nítidamente a un significado esencial, no puede considerarse como contribución positiva al desarrollo del derecho público colombiano y por el contrario, más bien son elementos de confusión".
- (3) AA.V.V. **CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- LEGISLACION COMPLEMENTARIA** Bogotá: Legis Editores Bogotá, 1.987, pág 9 y 170.
- (4) ENTRENA CUESTA, R. **CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**. Ed. Tecnos, Madrid, 19982, pág.
- (5) El Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, en Sentencia de Octubre 28 de 1976, había dicho que las vías de hecho constituían realmente una especie de "arbitrariedad" de la administración, pero que se debe aclarar que "la falta de poder" ha de ser absoluta, constituir "usurpación de poder" para hablar de "vías de hecho", pues de lo contrario, "si hay un principio de poder, se estará frente al "exceso de poder" pero no a la vía de hecho". Lo mismo debe ser frente a la falta de procedimiento. Ella debe ser absoluta, no basta la simple irregularidad procedimental, que puede constituir una falla, pero no una vía de hecho, equivalente a la usurpación de poder, a la arbitrariedad, a la violencia o, como algunos autores la denominan a la "actuación cuasidelictual de la administración"
- (6) PENAGOS, Gustavo. **EL ACTO ADMINISTRATIVO**.4a. Ediciones Librería El Profesional, Bogotá, 1986, pág.454.
- (7) Vid. VIDEL, Georges. **DROIT ADMINISTRATIF COURS POLYCOPIE**, Universidad de París, 1955 a 1956 pág. 187.
- (8) MARTIN MATEO, Ramón. **DERECHO ADMINISTRATIVO**: ed. 8o, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, pág. 292.
- (9) RODRIGUEZ, Libardo. **DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO**. Ed. Temis., 7a.,ed., Bogotá, 1994, págs. 191 a 204
- (10) En el documento electrónico: **LA JUDICIALIZACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL**, tratamos en forma amplia estas dos formas de procedimientos disciplinarios.
- (11) Corte Constitucional. Sentencia C-427-96, Septiembre 19. M.P.Carlos Gaviria Díaz.
- (12) RODRIGUEZ, Libardo. **DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO**. Ed. Temis., 7a.,ed., Bogotá, 1994, págs. 191 a 204
- (13) "Frecuentemente la doctrina y ocasionalmente la jurisprudencia han tratado de otorgarle una entidad autónoma a determinados actos del gobierno o de la administración, que

singularizados por ciertas circunstancias, pero mayormente por los móviles que los inspiran, se califican como actos políticos o de gobierno. Se trata empero de una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, como quiera que ninguna cláusula de aquélla permite hacer dicha diferenciación, diferenciación que por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitiría concluir que dichos actos de gobierno, constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos". Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de Noviembre 15 de 1984.

- (14) KELSEN H. **TEORIA PURA DEL DERECHO**. 16, ed. Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1979, p. 135
- (15) CORAL QUINTERO, Ignacio. **ELEMENTOS CONSTITUCIONALES Y DE TEORIA DEL ESTADO**. Ed. Graficolor, Pasto, 1999, págs., 74 y siguientes.

Actualización: Pasto, Abril 1 de 2008

[INICIO](#)