

CAPITULO SEGUNDO
CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Funciones estatales y acto administrativo	42
- Hechos administrativos	44
- Operación administrativa	46
- Vía de hecho	50
- Omisiones	52
2. Actos administrativos	53
- Antecedentes	53
- Criterios	55
- Concepto	59
- Teoría de la voluntad	59
- Teoría declaracionista o de la mera manifestación	62
- Teoría de Alessi. Acuerdo administrativo	64
- Teoría de Vedel. Decisión ejecutoria	66
- Otros conceptos	66
3. Elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo	69
- Sujetos del acto administrativo	69
- Sujeto activo	70
- La competencia	71
- La voluntad	74
- Sujeto pasivo	74
- Objeto del acto administrativo	75
- Motivo del acto administrativo	76
- Finalidad del acto administrativo	78
- Formalidades del acto administrativo	80
- El mérito en el acto administrativo	81

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO²⁰

SUMARIO: 1. Funciones estatales y acto administrativo. Hechos administrativos. Operación administrativa. Vía de hecho. Omisiones. **2. Actos administrativos.** Antecedentes. Criterios. Concepto. Teoría de la voluntad. Teoría declaracionista o de la mera manifestación. Teoría de Alessi. Acuerdo administrativo. Teoría de Vedel. Decisión ejecutoria. Otros conceptos **3. Elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo.** Sujetos del acto administrativo.

20. Vid, Acosta Romero, Miguel. "La unilateralidad del acto administrativo en el derecho mexicano", en *Revista de la Facultad de Derecho* de México, núm. 112, tomo XXIX, UNAM, enero-abril de 1979, pp. 11-38; Alvarez-Gendin, Sabino. *Tratado de derecho administrativo*, Bosh Casa Editorial, tomo I, 1958, pp. 316-330. Alessi, Renato. *Op. cit.*, supra nota 14, pp. 240-260. Brewer-Carías, Allan R. "Ley Orgánica del Procedimiento Administrativo y el Contencioso Administrativo", *Op. cit.*, infra nota 56, pp. 208 y 55. García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros. *Derecho administrativo*, Madrid, tomo II, EISA, 1968, pp. 6 y ss., Cassagne, Juan-Carlos. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 9-17, 48-65 y 145 y ss. Cretella Junior, José. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 55 y 124. Díez, Manuel María. "Actos administrativos", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, tomo I, pp. 327-355; *idem*, "Noción conceptual de acto administrativo", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, núms. 3-4, julio-diciembre de 1975, pp. 261-269; *idem*, "El acto administrativo en la Ley 19, 549", en *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus-Ultra, 1975, pp. 51 y 55; González Pérez, Jesús. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, pp. 545 y ss. Gordillo, Agustín. *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, p. 51. Rodríguez Libardo. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 169-230. Sayaguez Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, tomo I, 1974, pp. 139 y ss. Tafur Galvis, Alvaro. "El concepto de acto administrativo en el nuevo Código", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, núm. 65, Universidad Pontificia Bolivariana, abril-junio de 1984, pp. 182 y ss., y "Evolución del concepto de acto administrativo", en *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, núm. 512, octubre-diciembre de 1980, pp. 5 y ss. Vedel, Georges. *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, S.A., 1980, pp. 139 y ss.

Sujeto activo. La competencia. La voluntad. Sujeto pasivo. Objeto del acto administrativo. Motivo del acto administrativo. Finalidad del acto administrativo. Formalidades del acto administrativo. El mérito en el acto administrativo.

1. FUNCIONES ESTATALES Y ACTO ADMINISTRATIVO

Concebido el Estado como una persona jurídica capaz de desarrollar funciones básicas, sean estas, legislativas, ejecutivas o administrativas, y judiciales^{20A}, a través de órganos y autoridades debidamente instituidas y sujetas a todo un ordenamiento de preceptos y normas, con controles y contrapesos prefijados, corresponde entonces determinar, en qué eventos de su devenir funcional se compromete el Estado a través de manifestaciones de voluntad creadoras de situaciones jurídicas, que podamos calificar de administrativas.

La primera observación ante este conflicto parece lógica, pues no todas las manifestaciones pueden ser calificadas de administrativas porque, orgánica o formalmente, la fuente de decisión pública reviste diferente naturaleza. Es decir, nos enfrentamos a instituciones que por su origen, atribuciones y funciones, están llamadas a producir pronunciamientos con fuerza de ley (Congreso), o decisiones judiciales (jueces y tribunales). Providencias éstas que de ninguna manera podemos atribuir, por lo menos de manera genérica, al ejercicio mismo de la administración o ejecución pública.

El criterio tradicional que acepta excepciones, ha sido el de atribuir la producción y ejecución de los llamados actos administrativos a los órganos que ejercen la función administrativa. Es decir, al poder ejecutivo en todas sus modalidades -criterio orgánico o formal- y por vía del contenido, de manera no general, a los otros poderes públicos -criterio material o sustancial-. Adicional a lo anterior, el positivismo kelseniano, que en lo administrativo encuentra respuesta en las

20A. Reinhold Zippelios. *Teoría General del Estado; op. cit; supra* nota No. 1. p. 101. "..... así pues, el Estado como persona jurídica, es un esquema de imputación. Este se divide en su estructura, en ámbitos de función, que son tareas delimitadas (oficia = deberes) y facultades de regulación (como las del Parlamento), que ejercen los titulares (in haber) de dichos ámbitos de función, por cuenta de la persona jurídica, a la que tales actos le son atribuidos constructivamente, en la forma descrita..."

elaboraciones de Adolfo Merkl, identifica la actividad administrativa como aquella sujeta de manera jerárquica, tanto a la Constitución como a la Ley. Se concreta esta actividad funcional del Estado, según Boquera Oliver, (Derecho Administrativo, Tomo 1 Madrid 1983). "...En la facultad de crear unilateralmente e imponer situaciones jurídicas cuya validez y eficacia descansa en la presunción *juris-tantum* de que son conformes con el ordenamiento jurídico...". Estas situaciones jurídicas, son las de menos fortaleza dentro del ordenamiento jurídico. Son, por así decirlo, las dependientes absolutas del contexto general del ordenamiento jurídico. En ellas recae la totalidad del peso del principio de la legalidad. Su desconocimiento implica la pérdida de fuerza ejecutoria. Su nulidad -criterio jerárquico-

Desde otro punto de vista, la actividad administrativa complementa el accionar legislativo y judicial. Ejecuta las decisiones de los jueces y cuerpos representativos y decide en muchos casos la dirección misma de las políticas y programas estatales.

Es por esto, como lo anota certeramente el profesor Alvarez-Gendin, "la función administrativa es una expresión compleja"²¹. Efectivamente, desde la óptica jurídica, por sus múltiples caracteres, la actividad de la administración adopta una variedad de exteriorizaciones que la vinculan o comprometen; figuras éstas que conocemos como actos, hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones, las cuales no son más que mecanismos de expresión voluntaria o involuntaria de la administración, regularmente, algunas con el fin de obligarse y otras de lograr efectos jurídicos en cumplimiento de los cometidos estatales asignados a la administración. A continuación expondremos los rasgos característicos de cada una de estas figuras para luego, con criterios definidos, proceder al estudio concreto del acto administrativo en sí.

21. Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit., supra*, p. 316.

Hechos administrativos

Son aquellos fenómenos, situaciones o acontecimientos con entidad propia, independientes de la voluntad de la administración, que producen efectos jurídicos respecto de ella. Cualquier acontecer producido por fenómenos físicos, por la interrelación entre naturaleza y hombre, (involuntario) o la sola intervención del hombre (involuntaria), es un hecho que adquirirá connotaciones jurídicas, si vincula a las entidades públicas o crea, como comúnmente se dice, relaciones jurídico-administrativas. Como lo señala Zanobi: "*...Non tutti gli avvenimenti hanno valore per il diritto, ma solo quelli qui il diritto stesso attribuisce qualche conseguenza giuridica*"^{21A}.

En los hechos administrativos no es la voluntad de la administración el elemento determinante del mismo; el querer de la administración no actúa directamente. A pesar de que es la actividad administrativa el medio para la producción del hecho, es evidente que éste se produce, aunque no sea deseado²². Si bien es cierto que hacemos referencia a la voluntad de la administración como no determinante, la discusión se hace interesante cuando es la voluntad del sujeto intérprete de la voluntad estatal, la que protagoniza el acontecer que vincula a la administración. Como en el caso del soldado que resuelve, con el arma de dotación, quitarle la vida a su enemigo. O del alcalde que emite la orden de demoler un edificio sin el agotamiento de los procedimientos legales. En estos casos estamos ante evidentes operaciones administrativas que procesalmente reciben un tratamiento similar al hecho. Lo determinante del hecho, insisto, es la falta de voluntariedad tanto del sujeto como de la administración.

En consecuencia con lo expuesto, el criterio determinante para identificar un hecho es la voluntariedad que pueda existir por parte de

21A. Zanobini, Guido. *Corso di diritto Amministrativo*, vol. 1 p. 209. Regis Fernandes de Oliveira. Ato administrativo. Revista Editora dos Tribunais. 1980. São Paulo.

22. Cfr., Rodríguez, Libardo. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 169; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 14 de junio de 1961, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, Anales del Consejo de Estado, tomo LXIII, núms. 392 a 396, 1961, p. 147; Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit.*, p. 316.

la administración en su materialización. El Decreto 01 de 1984, que modificó el Código Contencioso Administrativo, acudía precisamente a los anteriores criterios cuando en su redacción original definía en el artículo 83, a los hechos administrativos como: “los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia”.

El concepto que hemos acogido encuentra sus bases en las elaboraciones jus-privatistas, especialmente las de derecho francés, las cuales fueron recogidas por nuestra jurisprudencia administrativa. No obstante, vale la pena resaltar que no estamos frente a un concepto de tratamiento uniforme en la doctrina. Para algunos autores esta se traduce en fenómenos similares a la operación, sin que para nada sea tenido en cuenta el elemento volutivo como determinante. En esta tónica encontramos a tratadistas como Dromi, para quien el hecho administrativo es, “...toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos...”. Para Dromi, la diferencia entre este fenómeno y el acto administrativo está dada, por la naturaleza de la actividad: mientras el hecho importa un hacer material, operación técnica o actuación física, el acto implica siempre una declaración intelectual de voluntad, de decisión, de cognición u opinión. El hecho, agrega Dromi, puede ser la ejecución de un acto o simplemente una operación material, sin decisión o acto previo. En este sentido el hecho administrativo pasa a ser un instituto similar a nuestra operación administrativa, tal y como lo estudiaremos más adelante^{22A}.

Esta tesis es igualmente sostenida por la doctrina brasileña. Seabra Fagundes, al identificar la institución la sitúa dentro del marco de materialización del derecho, en donde la totalidad de actuaciones del Estado, tendientes a poner en práctica los actos generales o especiales, estructuran los llamados hechos de la administración^{22B}. Para el

22A. Dromi, José Roberto. *Op. cit.*, supra nota No. 2, p. 270.

22B. Seabra Fagundes, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciario*; Saraiba 1984; São Paulo.

derecho y doctrina italiana el concepto tiene otras connotaciones. Se trata de un término genérico, (*fatto*), dentro del cual se comprenden todos aquellos eventos o fenómenos que pueden producir efectos jurídicos. Trátese de la constitución, modificación y extinción de los mismos. Los hechos jurídicos pueden consistir en fenómenos naturales, (*fatti naturali*) o del comportamiento humano. (*fatti umani*). Tratándose del derecho administrativo la teoría del hecho constituye el punto de partida de la teoría del acto jurídico, sea este administrativo simplemente o negocio jurídico^{22C}.

Como se observa, al no existir uniformidad en la doctrina nos ha correspondido adoptar una de las tesis para estos efectos, y esta ha sido la tesis dominante en la dinámica misma del derecho colombiano. Esta es la llamada teoría de la voluntariedad del hecho, por parte de la administración. Respetamos las otras posiciones doctrinales mas no las compartimos, en la medida en que hemos desarrollado otros conceptos que las recogen: En el caso de la tesis de Dromi y Fagundes, el Derecho Nacional ha elaborado la tesis de la operación administrativa. En el caso del concepto italiano, nuestras bases se han edificado sobre la teoría general del acto o negocio jurídico, del cual indudablemente se han extraído los elementos esenciales del acto.

Operación administrativa

Fenómeno de trascendental importancia para la vida práctica del derecho, es éste, el de la operación administrativa; constituye el aspecto dinámico-práctico en la materialización de lo dispuesto en la ley o en el acto.

Tradicionalmente se ha considerado como operación administrativa aquel fenómeno jurídico que consiste en un conjunto de actuaciones administrativas tendientes a la ejecución de la decisión legal o administrativa como la reunión de una decisión de la administración con su ejecución práctica. Fenómeno al que naturalísticamente se le atribuye una sola identidad. En la operación, al igual que los demás

^{22C}. Guido Landi-Giuseppe Potenza. *Manuale Di Diritto Amministrativo: Op. cit. Supra* Nota No. 2. p. 198 y 199.

medios de actuación o manifestación de la administración, influye, en algún grado, la voluntad, en la medida que mediante ésta -voluntad- la administración da aplicación a lo preceptuado -derechos y obligaciones- por el acto y lo realiza en su totalidad haciéndole producir la plenitud de sus efectos, siendo indiferente que para tal efecto se acuda a procedimientos escritos, verbales o materiales.

Como claramente lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, la operación administrativa es generalmente un proceso de ejecución de la ley o de un acto administrativo. Mientras la norma organiza el derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación administrativa lo ejecuta. La operación resulta ser, consecuentemente, la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho, la cual está vinculada mediatamente a la ley, e inmediatamente a un acto de la administración²³.

La jurisprudencia colombiana clasifica en dos tipos las operaciones administrativas, partiendo de si el acto, al que se pretende dar cumplimiento, es expreso o tácito. De esta forma se conoce la operación dependiente de un acto escrito y la dependiente de un acto no escrito.

Acto escrito y operación: La decisión administrativa que le sirve de apoyo, aisladamente considerada, aplica el estatuto superior de derecho y establece una relación jurídica entre el Estado y los particulares afectados por ella. Una vez que ese acto se ha perfeccionado, queda amparado por una presunción de legalidad que engendra, para la administración pública, el privilegio de la ejecución oficiosa.

23. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 14 de junio de 1961, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, Anales del Consejo de Estado, tomo LXIII, núms. 392 a 396, 1961, pp. 147 y ss. Consejo de Estado, Sala de negocios generales, sentencia de febrero 3 de 1964, C.P. Guillermo González Charry. Anales del Consejo de Estado, núms. 405 y 406, tomo LXVIII, pp. 337 y ss. Respecto del concepto dijo la Corporación: "para distinguirla del simple acto escrito de la administración, se le señala como el conjunto de actos a cuyo través se cumple o se quiere cumplir voluntariamente una finalidad jurídica de servicio público y cuya causa inmediata es una decisión escrita u oral de la misma administración".

El ordenamiento es ejecutorio y oponible. Si la persona interesada lo acata, no habrá oportunidad a actuaciones ulteriores. Pero si hay renuencia a cumplir el mandato administrativo, el poder público podrá utilizar los procedimientos legales de compulsión escritos o verbales y realizar los actos materiales indispensables para ejecutar el ordenamiento. Este sistema de imposición unilateral y de actuación material es lo que constituye la operación administrativa. Los actos escritos o materiales que se realicen en el desarrollo de este proceso de ejecución carecen en realidad, de autonomía jurídica. Son la consecuencia necesaria de la decisión previa y están subordinados a ella.

Acto no escrito y operación: La Constitución y las leyes confieren al órgano Ejecutivo ciertos poderes jurídicos para actuar en las situaciones de emergencia pública. Esas circunstancias especiales imponen, en algunos casos, la necesidad de apelar a procedimientos rápidos y expeditos de decisión y ejecución. Ocasiones hay en que los ordenamientos serán necesariamente verbales, y materiales los sistemas para cumplirlos. Para efecto de aplicar los estatutos superiores en estas situaciones de urgencia, el Gobierno profiere actos administrativos de ejecución inmediata. La decisión no se escribe: se realiza. Pero el acto o sucesión de actos materiales de ejecución, no son más que la consecuencia forzosa y necesaria del ordenamiento verbal que los procede. No constituyen actos jurídicos autónomos e independientes, sino realizaciones materiales subordinadas a un mandato previo²⁴.

Es importante señalar, cómo a nivel doctrinal se presentan algunas dificultades terminológicas, respecto a lo que conocemos como operación administrativa la cual se identifica con el denominado

24. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 14 de junio de 1961, C.P. Carlos Gustavo Arrieta. Anales del Consejo de Estado, tomo. LXIII, núms. 392 a 296, 1961, pp. 147 y ss.

“acto complejo”. Sin embargo, entre nosotros el término tiene connotaciones totalmente diferentes. Precisamente, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado diferenciándolos detalladamente²⁵.

El régimen legal original de 1984 (Decreto 01) asimilaba -en nuestro concepto injustificadamente- las llamadas operaciones administrativas a los actos administrativos. Consideramos que contrariamente a lo expresado por el legislador, el fenómeno en su naturaleza intrínseca seguirá existiendo y surtiendo los efectos antes anotados; sin embargo, en las esferas del desarrollo procesal jurisdiccional su trato será similar al de los hechos administrativos según lo dispone el Art. 86 del Código Contencioso Administrativo, conforme a las modificaciones introducidas por el Decreto 2304 de 1989²⁶.

La doctrina italiana recoge el concepto de operación tal y como fue elaborada en el Derecho Francés. No obstante, no existe uniformidad sobre el concepto: “...il significato non è pero univoco. Alcune di quelle che la legge chiama operazione sono dischiarezioni”. Para este sector de la doctrina, la operación es un fenómeno estrictamente voluntario que no se traduce en una declaración pero que se caracteriza porque está precedido de ella^{26A}.

-
25. Cfr., Consejo de Estado, Sala de negocios generales, sentencia de febrero 3 de 1964, C.P. Guillermo González Charry. Anales del Consejo de Estado, núms. 405 y 406, tomo LXVIII, pp. 337 y ss. Dijo la corporación sobre la diferencia entre operación administrativa y acto complejo: “En la jurisprudencia procesal colombiana, pues cuando la causa del daño es el primero -acto complejo-, debe enjuiciarse la totalidad de los actos que lo constituyen y decretar primeramente su nulidad como premisa indispensable de una reparación; mas si dicha causa es la operación, las exigencias procesales se satisfacen con la simple demanda de reparación, sin nulidad previa de ninguna especie”.
26. Esta asimilación de la operación administrativa al acto administrativo, ha provocado airadas reacciones en la doctrina nacional; nosotros consideramos que la mentada consideración no es más que un ejemplo de la pereza legislativa, la cual entorpece las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. El profesor Mario Madrid Malo G. (Código Contencioso Administrativo, Bogotá, Editorial Legis, 1985, p. 175), comentando el artículo 83 del Código, señala: “con notoria falta de técnica, en el artículo 83 del nuevo C.C.A., se equiparan al Acto Administrativo las nociones de operación administrativa... se trata de fenómenos que mal pueden confundirse”.
- 26A. Guido Landi-Guiseppa Potenza. *Manuale... Op.cit. supra* nota N°. 2. p. 207 y 208: “El ámbito de la operación administrativa en la administración moderna, es muy extenso: Se puede decir que cuantitativamente la mayor parte de la actividad de la administración consiste en operaciones...”.

Vía de hecho

Es ésta una institución jurídico-administrativa nacida como muchas otras del desarrollo jurisprudencial francés pero que en las aplicaciones que de sus fundamentos doctrinarios se ha establecido en nuestros países, ha sufrido cambios sustanciales y en algunos casos ha tomado direcciones opuestas a las originadas en su derecho materno. Inicialmente se entendió por vía de hecho, aquella figura que obtenía connotaciones jurídicas en el cumplimiento de determinadas actividades materiales de ejecución y que era utilizada por la administración pública, cometiendo irregularidades groseras que atentaban contra dos importantes derechos: el de propiedad y el de la libertad pública.

En consecuencia, el concepto de vía de hecho administrativo se ubica, por sus caracteres, en el ámbito de la ilegitimidad, producida esta por la irregularidad grosera, manifiesta y flagrante, que violenta los derechos de propiedad y de libertad pública; bien porque la administración no tenía poder para desarrollar la actividad material de ejecución o porque teniendo ese poder, utilizó procedimientos manifiestamente irregulares.

En derecho francés, la razón de las de las vías de hecho está dada en que las mismas, para efectos procesales, son consideradas como de competencia de la jurisdicción ordinaria. El argumento que se esgrime es, que las vías de hecho no son verdaderas actuaciones de la administración.

Contrariamente a los criterios jurisprudenciales franceses, en el derecho colombiano, la noción de vía de hecho tuvo consagración para determinar la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa (artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964; artículo 83 del Decreto 01 de 1984)²⁷.

27. Cfr., Rodríguez Libardo. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 170. Agrega este ilustre tratadista: "En Colombia se ha utilizado esta expresión de 'vías de hecho', tanto por la ley como por la jurisprudencia y la doctrina. Así, por ejemplo, el Decreto 518 de 1964, al establecer la competencia del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, en sus artículos 30 y 32, incluyó el concepto de vía de hecho como causal de responsabilidad de la

En Colombia sólo puede hablarse de vía de hecho en dos casos específicos en los que la doctrina y la jurisprudencia han dado pleno desarrollo. Uno, cuando la administración obra en ejercicio de un pretendido derecho que no tiene, caso en el cual debe entenderse que el derecho ejercitado no existe -falta absolutamente-, porque, de lo contrario, si hay, así sea un principio de poder, se estaría tipificando un claro exceso de poder. Otro, cuando en el ejercicio de un derecho que realmente se tiene, se actúa con ausencia total de procedimiento legal (al igual que el anterior la falta de procedimiento debe ser absoluta). En estos eventos se está ante una ausencia total de procedimiento y no ante una simple irregularidad procedimental.

En cuanto a lo que tenía que ver con la responsabilidad correspondiente a la administración frente al administrado, por la vía de hecho, se decía en la jurisprudencia nacional, que ésta sería responsable, con la sola demostración, de la grosera y violenta ilegalidad provocada por la administración, siempre y cuando el afectado demostrara que existía una evidente relación de causalidad, entre la vía de hecho y el daño causado²⁸.

administración... no se justifica hablar en Derecho Colombiano de vías de hecho, pues en el fondo esa figura en nuestro medio equivale a operaciones administrativas manifiestamente ilegales, o sea, en definitiva, a simples operaciones administrativas, pues en Colombia no tiene una consecuencia especial el hecho de que la ilegalidad sea 'simple o manifiesta' ". Cassagne, Juan Carlos. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 51 y 52, refiriéndose a la vía de hecho en la Argentina, dice: "la noción de 'vía de hecho' del régimen Argentino vigente en el orden Nacional es más amplia que la elaborada por el Consejo de Estado Francés... la Ley de Procedimientos Administrativos -Ley 19.549 modificada por la Ley 21.686- señala a título enunciativo dos supuestos de vía de hecho: a) el comportamiento material que sea lesivo a un derecho o garantía constitucional y b) la puesta en ejecución de un acto hallándose pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de normas expresas impliquen la suspensión de ejecutoriedad o que, habiéndose resuelto, no fuere modificado".

28. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 28 de octubre de 1976, publicada en Madrid. Malo, Mario. *Ob. cit.* pp. 176 y 177. Agregó la corporación en dicha sentencia, respecto de la vía de hecho y la operación administrativa, que: "como antítesis de la vía de hecho, aparece la operación administrativa como el ejercicio, por parte de la administración de un derecho que ha sido reglamentado en su provecho, o mejor teniéndola como destinataria y con el empleo del procedimiento legalmente señalado. Puede que haya exceso de poder, defectuosa aplicación del derecho que se ejerce o irregularidad en el procedimiento legalmente señalado y aplicado, sin que por ello deje de existir la operación administrativa, simplemente, habrá falla del servicio o de la administración y la responsabilidad será la común".

Finalmente, debemos indicar que al igual que las operaciones administrativas, el Decreto 01 de 1984 señalaba, en su artículo 83, que “las llamadas vías de hecho se considerarán, en adelante y para todos los efectos, actos administrativos”²⁹. El Decreto 2304 de 1989, desmontó el concepto de vía de hecho del Régimen Positivo, dejando que las situaciones fácticas que la constituían, configuraran otras manifestaciones de la administración más coherentes con su naturaleza, como por ejemplo las operaciones administrativas.

Omisiones

Las omisiones o conductas omisivas de la administración, son las abstenciones de la misma que la vinculan jurídicamente. En el derecho colombiano la naturaleza de la omisión depende del mayor o menor grado que la voluntad administrativa pueda influir en su estructuración. Si la omisión es producida con la intervención voluntaria del órgano administrativo, el tratamiento que se le otorga es el de un acto administrativo; por el contrario, si la voluntad no ha influido de modo directo e inmediato, la omisión se considera como un hecho administrativo. En el primero de los casos se configura el llamado silencio de la administración, positivo o negativo, el cual, desde el punto de vista de sus efectos se le da, por el Legislador, un tratamiento especial similar al del Acto Administrativo. La doctrina lo identifica como un acto presunto, sujeto a los mismos controles administrativos y jurisdiccionales que los del acto administrativo. El segundo, sería el hecho negativo que se sustenta en las mismas razones expresadas a propósito de los hechos en punto anterior. A este fenómeno jurídico hace referencia el Art. 86 del Código Contencioso Administrativo, al regular la acción de reparación directa. De todas maneras resulta claro, desde el punto de vista de la Constitución Política, que las omisiones comprometen no sólo la responsabilidad del Estado sino también la persona del funcionario que actúa a nombre de la Administración. Recordemos cómo el Art. 6 Constitucional, al definir el marco de la legalidad de la administración, la compromete, y la hace responder no sólo por sus acciones sino también por sus omisiones.

²⁹. Véanse las observaciones hechas en la nota 50, *infra*.

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS

Estudiados los mecanismos que con el acto administrativo constituyen los medios de actividad de la administración pública, corresponde que tengamos a continuación, el conocimiento específico y concreto de la estructura y conceptualización doctrinaria del acto administrativo; estudio que abordaremos, adoptando posturas operacionales, tendientes a la identificación plena de la institución para lograr un mayor beneficio sobre su eficacia y validez.

Antecedentes

El concepto genérico de acto jurídico tiene sus raíces en las elaboraciones de los teóricos iusprivativos francogermanos, quienes se fundaron principalmente en las exposiciones doctrinarias y filosóficas desarrolladas durante el siglo XVII por Kant y Fichte-Grundlagen des Naturrechts. La teoría del acto administrativo específicamente, resulta ser el desarrollo doctrinal especializado y autónomo del concepto genérico acto jurídico, el cual, nutrido con las ideas y experiencias de la revolución de 1789 -concretamente aquellas referidas a la necesidad de establecer linderos entre la justicia contenciosa administrativa y la justicia ordinaria-, era aplicado al ejercicio de la función administrativa, teniendo siempre presente que a ésta -función administrativa- no la orientaba el principio de la autonomía privada, sino, por el contrario, la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías al administrado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés, lo mismo que la de su tribunal de conflictos, tuvieron a su cargo las elaboraciones conceptuales de acto administrativo a partir de las decisiones proyectadas con el fin de determinar la competencia de los tribunales administrativos y la jurisdicción ordinaria, razones que han llevado a la afirmación de que algunos fundamentos del acto administrativo tienen sus orígenes en necesidades estrictamente adjetivas o procedimentales, pero que en la hora actual han adquirido relevancia sustancial y garantizadora de derechos fundamentales, para los asociados.

El profesor Garrido Falla, nos entrega, la que en su opinión es otra opción para el desarrollo del concepto de Acto Administrativo y ésta consiste en la incorporación, a la teórica de la administración, del llamado principio de la legalidad. Este postulado post-revolucionario es el que, "concede a ciertos actos de la administración la significación peculiar de Actos Administrativos...", calificación que se realiza "paradójicamente" para identificar aquellas actuaciones de la administración no sujetas al control de la justicia ordinaria -lo que en derecho germánico se llamó *In polizeisachen gilt keine Appellation*-. Esto se explica, "si se tiene en cuenta la interpretación que en el Continente Europeo se hizo del principio de separación de poderes...", lo cual se caracterizó por la desconfianza hacia el Poder Judicial, especialmente en lo referente a otorgarle el conocimiento de los asuntos administrativos. De aquí el nacimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa con la característica de retenida, ejercida por la propia administración³⁰.

Con anterioridad a la acuñación del término acto administrativo -*Ancien Régime*-, se acudía a otras expresiones con las que se intentaba un acercamiento, tales expresiones fueron: "actos del rey", "actos de la Corona", "actos del fisco". Sin embargo, con anterioridad a la revolución francesa, la teoría del acto administrativo era prácticamente desconocida. Antecedentes legislativos post-revolucionarios sobre el concepto de acto administrativo, se detectan en el Fructidor del año III, en el que se prohíbe a los tribunales judiciales el conocimiento de diversos actos de la administración. Posteriormente, por Ley de 2 Germinal del año V, se dijo que las operaciones del cuerpo administrativo y los actos de la administración eran todos aquellos

30. Cfr., Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, vol. I, 1970, p. 406: "...La teoría del acto administrativo nace ligada a la jurisdicción administrativa..."; puede consultarse, asimismo, Martín Retortillo, L. "Actos administrativos generales y reglamentos", en *Revista de administración pública*, núm. 40, enero-abril de 1963; pp. 235 y ss.: "...La técnica del acto era, pues, la solución histórica más adecuada para controlar jurídicamente a la administración, en unas circunstancias que en conjunto y en línea general eran adversas a ello...". Puede consultarse sobre el surgimiento de la justicia administrativa en Europa, y sus relaciones con el desarrollo del derecho administrativo, en especial con el acto administrativo, la interesante monografía del profesor brasileño, Eduardo Lobo Botelho Gualazzi; justicia administrativa, Editora Revista dos Tribunais; 1986; São Paulo.

que se realizan por orden del gobierno, de sus agentes inmediatos bajo su vigilancia y con fondos proporcionados por el Tesoro Público.

Agrega el tratadista Díez que: "es recién en el Repertorio de Merlin, que en 1812 publicó la 4a. Edición del Gullot, donde aparece por primera vez la voz Acto Administrativo, que se define como una decisión de la autoridad administrativa, una acción, un acto de administración que tiene relación con sus funciones"³¹.

No obstante la precariedad inicial, el anterior concepto ha adquirido, en los sistemas jurídicos modernos, especialmente en aquellos ceñidos por los principios del Estado de Derecho, connotaciones de columna vertebral del Derecho Administrativo. Y no sólo desde el punto de vista de la función misma, sino también del régimen de garantías que se desprende con su existencia. De ahí que se hayan desarrollado importantes criterios jurisprudenciales y doctrinales, con el fin de identificar la existencia de fenómenos que consistan en manifestaciones de voluntad, por parte de quienes ejercitan funciones administrativas.

Criterios

Encontrar con exactitud un criterio perfectamente válido, para determinar la presencia de un acto administrativo, es uno de los asuntos más polémicos y controvertibles de la jurisprudencia y la doctrina administrativista. Las condiciones legislativas, doctrinales y jurisprudenciales de los diversos sistemas de derecho, invitan a adoptar, tras un conocimiento amplio de la problemática, un criterio en el estricto sentido operacional y en lo posible, adecuado al ámbito nacional que nos interesa.

31. El subrayado es nuestro. Díez, Manuel María. *Op. cit.*, supra nota 20, pp. 327. Consúltese, igualmente, Escola, Héctor Jorge. *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975, p. 39: "... cuya génesis no ha sido posible determinar dónde tuvo lugar, al punto de que mientras Mayer atribuye su formulación más científica a Francia... Jellinek reivindica esta paternidad para la Doctrina Jurídica Alemana..." García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros, *Op. cit.*, supra nota 20, p. 6: "... de aquí que el Acto Administrativo como realidad de la Administración controlable jurídicamente, no puede haber obtenido existencia -como indica Mayer- antes de la Revolución Francesa. Cabe afirmar pues, que el Acto Jurídico Administrativo es un producto del Estado de Derecho, en general, y de la aplicación de la Doctrina de la división de poderes en particular...".

Desde antaño, la doctrina ha desarrollado dos importantes criterios determinantes del acto administrativo: el formal u orgánico y el sustancial, más conocido como criterio material u objetivo. De acuerdo con el primero, serán actos administrativos: todos aquellos que conforme a elementos externos -formales- sean considerados como actos administrativos. En este orden de ideas, dichos elementos estarían determinados por factores tales como el órgano productor del acto, el procedimiento utilizado en su expedición y la forma que adopte el acto una vez producido.

De acuerdo con lo anterior, serían actos administrativos los dictados por los órganos administrativos, mediante los procedimientos indicados para la producción de actos administrativos y con los caracteres externos de cada uno de ellos³².

Desde el punto de vista material, serán actos administrativos todos aquellos que en razón a su contenido o sustancia, sean considerados como administrativos y sin importar las formas externas que puedan alterar su apariencia. Es decir, sin importar el órgano, procedimiento o caracteres adoptados en su materialización. En consecuencia, toda manifestación voluntaria de un órgano cualquiera del Estado que por su contenido sea considerado administrativo, será acto administrativo³³.

32. Cfr., Rodríguez Libardo. *Op. cit., supra* nota 1, pp. 175 y ss.; Díez, Manuel María. *Op. cit., supra* nota 20, p. 327; agrega este ilustre profesor que: "en el sentido formal se caracteriza el acto administrativo teniendo en cuenta la naturaleza del órgano del que emana y, por lo tanto, serán actos administrativos los que emanen de un órgano administrativo en el cumplimiento de sus funciones". Gordillo, Agustín. *Op. cit., supra* nota 20, p. 51. Fundamenta el doctor Gordillo el criterio formal en "el hecho de que los recursos contenciosos-administrativos se den en principio -y en las legislaciones actuales- sólo contra decisiones de órganos administrativos"; esto, en su parecer, ha hecho "que la doctrina adopte casi unánime el concepto de que acto administrativo es el emanado de un órgano administrativo... acto administrativo es el que dictan órganos administrativos y no otros órganos".

33. La función administrativa no es exclusiva del Poder Ejecutivo. Por regla general, la mentada función corresponde al órgano ejecutivo de poder público; sin embargo, en la práctica se producen excepciones a la anterior regla y es así como encontramos que los poderes Legislativo y Judicial desarrollan, aunque en un menor grado, funciones administrativas. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de octubre 22 de 1971, C.P. Lucrecio Jaramillo

Como lo indicábamos, la diversidad de criterios varía de acuerdo con las diferentes concepciones y cánones empleados por la doctrina en la elaboración de los mismos; es así como los criterios explicados se han complementado con otros, tales como el jurisdiccional y el jerárquico.

De acuerdo con el primero, se excluye del concepto de acto administrativo a todos aquellos actos que no son impugnables ante la jurisdicción contenciosa administrativa³⁴. En líneas generales, este criterio reforzaría el criterio formal ya enunciado, porque parte de un elemento accidental del acto como sería el de su control, el cual, por disposición legislativa puede recaer en la justicia ordinaria sin que ésta errónea asignación, pueda desvirtuar su carácter de administrativo. En este sentido la sentencia de octubre de 1971 continúa en plena vigencia³⁵.

Mediante el criterio jerárquico, se pretende indicar que acto administrativo es aquel que, respecto de la pirámide jurídica, debe respetar las normas constitucionales y legales, es decir, el situado a un tercer u otro nivel inferior del ordenamiento.

En nuestra opinión, el concepto de acto administrativo comprende varios caracteres de todos los criterios anteriormente expuestos, por

Vélez. Anales del Consejo de Estado, núms. 431-432, tomo LXXXI, segundo semestre, 1971, p. 443. *Cfr.*, Rodríguez Libardo. *Op. cit.*, pp. 175 y ss.; Díez, Manuel María. p. 327. Agrega el distinguido maestro, refiriéndose al criterio material, que cuando estemos frente al mismo "habrá que referirse al contenido... y por ello sería acto administrativo, en sentido material, toda manifestación de voluntad de un órgano de Estado, sea éste administrativo, legislativo o judicial, con tal que la sustancia, el contenido del mismo, sea de carácter administrativo". Gordillo Agustín. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 52 y 56; este autor desarrolla en su obra dos criterios que en mi concepto no son más que aspectos del criterio material que hemos venido exponiendo; son ellos el sustancial u objetivo y el funcional: por el primero se entiende que "Acto Administrativo es todo Acto que tenga sustancia administrativa"; de acuerdo con el segundo. "Acto Administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano lo ejerce... la noción de Acto Administrativo se refiere a una especie de actos realizados en ejercicio de la función administrativa".

34. *Cfr.*, Rodríguez, Libardo. *Op. cit.*, pp. 177 y ss.; Gordillo Agustín. *Op. cit.*, p. 50.

35. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de octubre 22 de 1971, C.P. Lucrecio Jaramillo Vélez, Anales del Consejo de Estado, núms. 431-432, tomo LXXXI, segundo semestre, 1971, p. 443.

cuanto pecaríamos de limitados por no aceptar, de manera ecléctica, que todos ellos no son más que componentes, en mayor o menor grado y de acuerdo con las circunstancias específicas, de un criterio polivalente.

Por lo anterior, acto administrativo sería aquel que comparte de los criterios formal y material; el que disfrute de elementos externos -órgano, procedimiento, forma- de acto y que, a la vez, tenga sustancia administrativa, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetivas o concretas, dentro de cualquier órgano del poder público.

En el derecho positivo colombiano (Decreto 01 de 1984), se adopta durante algún tiempo, el criterio anteriormente expuesto. De la relación jurídica formada por los artículos 82 y 83, se infiere que lo determinante en el acto, lo constituye la conjugación resultante del ejercicio de funciones administrativas por entidades públicas o privadas, sean estos órganos que por regla general desarrollan otras funciones, como la legislativa, la judicial, o la de control, como en los casos de la Procuraduría o la Contraloría. Indica precisamente el Art. 82 del C. C. A., conforme a la redacción del Art. 19 del Decreto 2304 de 1989, que "...la jurisdicción de lo contencioso administrativo, está intituida por la Constitución, para juzgar las controversias y litigios administrativos, originados en la actividad de las entidades públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas...". El Art. 83 reitera este concepto, cuando indica que "...la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juzga los actos administrativos... de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas...". Para la doctrina, esta expresión del legislador, implica la conjugación de los criterios formal y material en la determinación del acto administrativo³⁶.

36. Cfr., Arrubla Paucar, Jaime. "El acto administrativo en el nuevo Código", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, núm. 66, Universidad Pontificia Bolivariana, julio-septiembre de 1984, p. 156; Tafur Galvis, Alvaro. *Op. cit.*, supra nota 20, p. 183. "..... ahora el acto administrativo, no podrá entenderse como un acto jurídico de la administración pública, noción que nos queda corta, sino como aquel acto jurídico, en ejercicio de la función administrativa....".

Concepto

Otro de los aspectos dificultosos en la teoría general del acto administrativo, es el que se refiere a su conceptualización. Las teorías inspiradas por las diversas corrientes doctrinarias, han producido la más amplia y antagónica gama de interpretaciones del fenómeno jurídico que nos ocupa. Aunque el objeto de nuestro trabajo no es entrar en controversias inacabables, operacionalmente adoptaremos el criterio clásico, expuesto por la teoría voluntarista del acto, por considerarla la más amplia y explícita en el tratamiento de los elementos integrantes de esta principal modalidad de expresión de la función administrativa.

Teoría de la voluntad

En consecuencia, entendemos por acto administrativo toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares, tendiente a la producción de efectos jurídicos. Se caracteriza este concepto, por ser, no sólo de naturaleza voluntaria sino también decisoria. Es decir, con la capacidad suficiente para alterar el mundo jurídico. Si la manifestación de voluntad no decide, no es un acto administrativo. En este sentido se ha pronunciado de manera reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado: "...El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control, se requiere que el objeto sobre el cual actúa, constituya en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión que en el lenguaje del derecho comparado se denomina a veces providencia, otras veces resolución o decreto, pero cuyo elemento central, al lado de otros que integran su esencia, es la virtualidad de producir efectos en derecho. Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ya que ésta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión

jurídica, para como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho...^{36A}. Si la manifestación de quien ejerce funciones administrativas, no es decisoria, no está llamada a producir efectos en el mundo jurídico. Podría ser entonces un acto de la administración, pero no un acto administrativo y en consecuencia no es controlable.

La decisión no puede quedar en el interior de la administración. Para que el acto administrativo sea eficaz se requiere que la administración agote el proceso dirigido a su exteriorización con el fin de producir efectos en el mundo del derecho. No es indispensable que el acto aparezca escrito; sin embargo, la legislación podrá consagrar los casos en que debe exigirse esa formalidad. Inferimos, entonces, que el acto administrativo puede ser escrito o verbal, lo que no implica que éste pierda su condición de acto por ser verbal. El asunto adquiere relevancia tan sólo tratándose de los aspectos probatorios para efectos administrativos o jurisdiccionales.

Manifestación es sinónimo de declaración, exteriorización de la elaboración interior al mundo exterior, por los medios entendibles o las formalidades fijadas por la ley. La manifestación cumple la tarea publicitaria necesaria para lograr que los efectos queridos en el ordenamiento jurídico se realicen.

La voluntad constituye el querer, la intención, la actitud consciente y deseada que se forma en el órgano administrativo, de acuerdo con los elementos de juicio que le son aportados o que la administración recopila en el ejercicio de su función.

Cuando se habla de la voluntad administrativa en el órgano administrativo, no se está haciendo referencia doctrinaria a la clásica "autonomía de voluntad del acto jurídico privado", cuya concepción

36A. Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; sección IV; sentencia del 22 de enero de 1987; C.P. Hernán Guillermo Aldana Duque; exp. 549. En igual sentido, sentencia de agosto 5 de 1991, sección 1a. C.P. Yesid Rojas S. Exp. 1588: "...es elemento esencial el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Sólo entonces, dicho acto, se coloca en condiciones de ser susceptible de control jurisdiccional..." Sentencia de Dic. 18 de 1991; sección II; C.P. Alvaro Lecompte Luna Exp. 3936.

de claro carácter egoísta e individualista, resulta incompatible con las finalidades sociales y garantizadoras para el conglomerado; se habla de algo que busca la satisfacción de los intereses generales, con la manifestación de voluntad de la administración.

En nuestro concepto, detrás de cada manifestación y dentro de las condiciones que he expuesto, existe un mayor o menor grado de expresión voluntaria para producir un efecto.

La declaración debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizado por la administración o por quien haga sus veces, lo que nos indica que el ejercicio de otras funciones -legislativas, o judiciales-, así estén atribuidas a órganos que por naturaleza sean administrativos, no serán actos administrativos, y lo contrario, si la función administrativa es desarrollada por cualquiera de los otros órganos del poder público, tal y como ya lo hemos expuesto, producirán por excepción actos administrativos. Esto nos confirma nuevamente la tesis ecléctica propuesta, tratándose de los criterios determinantes del acto administrativo.

La declaración de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho y como efecto directo de su carácter decisorio.

Si una declaración no reúne los elementos conceptuales expuestos, no podemos calificarla de acto administrativo.

No obstante lo anterior, y siempre y cuando, se reúnan las condiciones, la legislación ha asimilado determinadas actividades administrativas a la condición de acto. Así es como, tratándose de la acción de nulidad, el artículo 84 Inc. final, del Código Contencioso Administrativo estipula que: "...también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro...". En los primeros, es decir, los actos de certificación siempre y cuando contengan mandatos generales, o decisiones de obligatorio cumplimiento y no meros conceptos de los expedidos conforme al

Art. 25 del Código Contencioso Administrativo. En los segundos, los de registro, porque no obstante su especialidad, son típicos actos administrativos, decisiones de la administración de crear una situación jurídica a partir de su anotación.

En líneas generales, podemos afirmar que el concepto de acto, en los términos explicados, ha sido aceptado por la jurisprudencia y la doctrina nacional colombianas ³⁷.

La teoría voluntarista del acto administrativo ha sufrido múltiples arremetidas por sectores de la doctrina que ven en ella un esquema incompleto, en cuanto niega proyección a diversas formas no voluntarias de manifestación administrativa, lo que en el concepto de los críticos, constituyen verdaderos actos administrativos.

Teoría declaracionista de la mera manifestación

Un primer grupo de expositores, que podríamos denominar defensores de la teoría "declaracionista" del acto administrativo, entre quienes distinguimos principalmente a los argentinos Juan Carlos Casagne y Agustín Gordillo, sostiene que el acto administrativo no es más que cualquiera de aquellas declaraciones de un órgano estadual, en cumplimiento de los cometidos encomendados a la función administrativa. Se observa que se proscribe cualquier referencia al elemento voluntad en la noción del acto.

37. Cfr., Rodríguez Libardo. *Op. cit.*, p. 77; Díez, Manuel María, *Op. cit.*, pp. 328 y 329; López-Nieto y Mallo Francisco. *El procedimiento administrativo*, Barcelona, José María Bosch, Editor, 1960, pp. 203 y 204. Alvarez-Gendin, Sabino. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 316-318; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de febrero 20 de 1968, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez, Anales del Consejo de Estado, núms. 417 y 418, tomo LXXIV, primer semestre de 1968, p. 133; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de septiembre 24 de 1971, C.P. Humberto Murcia Ballén, Anales del Consejo de Estado, núms. 431-432, tomo LXXXI, segundo semestre 1971, pp. 224 y ss.; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de diciembre de 1975. C.P. Alvaro Pérez Vives, Anales del Consejo de Estado, núms. 447-448, tomo LXXXIX, segundo semestre, 1975, pp. 307 y ss.; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, auto de diciembre 12 de 1976, C.P. Jorge Dávila Hernández, Anales del Consejo de Estado, núms. 451-452, tomo XCI, segundo semestre, 1976, pp. 476 y ss., entre otras.

El profesor Gordillo se configura como el tratadista más radical en su defensa de esta concepción de acto administrativo. A pesar de que le resulta, en su fundamentación, difícil desprenderse de la noción de voluntad y considera, refiriéndose al elemento voluntad, que:

“Este concepto es equivocado, dado que la voluntad se considera generalmente con sentido teleológico, con una indicación de ‘fin’ por lo que no se toma en consideración otros actos de la administración que producen efectos jurídicos frente a los administrados y que se rigen por los mismos principios que las manifestaciones de voluntad, sin estar a pesar de ello incluidos en dicho concepto”³⁸.

La noción de acto administrativo, en consecuencia, según aquel tratadista, no podría darse sobre conceptos *a priori*. Debe estar fundada en la experiencia y determinada por el “fin” perseguido el cual se pretende llenar con el acto administrativo. Tal razón lo lleva a proponer que el acto como una simple declaración es suficiente: “si se toma al término en el sentido de exteriorización del pensamiento; de extrinsecación de un proceso intelectual, comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento-atestación o certificación), opinión y juicio”³⁹.

Como se observa, el profesor Gordillo pretende fundamentar su teoría en la sofisticada distinción de manifestaciones de conocimiento y manifestaciones de voluntad, negando entidad a la teoría “voluntarista” y proponiendo la “manifestacionista”, en la medida que conaquella se dejaría por fuera del concepto de acto administrativo a una gran cantidad de actos que de por sí no son sino simples “manifestaciones de conocimiento”. Para refutar toda esa meticulosa disertación doctrinal bastaría preguntarnos: ¿será o no voluntaria la manifestación de conocimiento que hace la administración en ejercicio de la función administrativa?

38. Gordillo, Agustín. *Op. cit.*, supra nota 20, p. 60

39. *Ibidem*.

Por su parte, otro exponente de esta teoría, el profesor Juan Carlos Cassagne, resulta en menor grado sustancial, aunque entiende, de todas maneras, por acto administrativo: "Toda declaración de un órgano estatal, en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales, en forma directa, con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto"⁴⁰.

Reconoce Cassagne: "El acto administrativo pertenece a la categoría de los actos jurídicos voluntarios"⁴¹ y considera igualmente que el acto administrativo constituye una declaración, habida cuenta que traduce al mundo exterior un proceso de tipo intelectual, por oposición a los meros hechos administrativos, los cuales consisten en comportamientos materiales que implican una actividad física de la administración⁴².

La concepción "manifestacionista" carece de los sólidos fundamentos que le permitan desbordar las explicaciones de la teoría voluntarista.

Teoría de Alessi. Acuerdo administrativo

El profesor italiano Renato Alessi, apartándose de la concepción tradicional del acto administrativo, propone y desarrolla la teoría del "acuerdo administrativo", la que equivale a la "manifestación de un poder soberano que corresponde a una autoridad administrativa como tal, respecto a una realización en la que dicha autoridad es parte, para satisfacción de intereses públicos concretos confinados a la misma"⁴³.

Según Alessi, no es conveniente hacer una teoría unitaria del acto administrativo.

⁴⁰. Cassagne, Juan Carlos. *Op. cit.*, supra nota 1, p. 62

⁴¹. *Idem*, p. 55.

⁴². *Idem*, p. 54.

⁴³. Alessi, Renato. *Op. cit.*, supra nota 14, p. 256.

“Es necesario, con el fin de construir una teoría orgánica que resulte útil, aislar una categoría homogénea de actos a los que pueda aplicarse el mayor número posible de principios, pero que sea suficientemente amplia para evitar excesivos fraccionamientos y que se presente como la más significativa e importante entre las distintas categorías de los actos administrativos, de manera que se pueda construir lo que podría ser una teoría principal entre las teorías parciales de los actos administrativos, de forma que las teorías menores que se refieren a categorías menores se presenten como meras teorías complementarias referidas a categorías meramente accesorias y complementarias de la actividad”⁴⁴.

De esta forma, Alessi llega a la conclusión de que la suma de todos los actos constituye lo que generalmente podría considerarse actos administrativos pero que tan sólo un sector de esos actos cumple las condiciones antes señaladas. Debe ser denominado acuerdo administrativo, -término que en estricto sentido es el acto administrativo entre nosotros-. La teoría del acuerdo administrativo contempla como elemento básico y esencial el de la voluntad del órgano encargado de generar el poder soberano, precisamente bajo la condición de que sea “la voluntad de ejercer un poder”⁴⁵.

El proceso de formación del acuerdo comprende un doble momento: “Por un lado el de la valoración compartida del interés a satisfacer y del medio idóneo; de otro lado, el momento de la volición, con respecto a la realización del interés valorado, mediante la adopción del medio elegido”⁴⁶.

En otras palabras, el acuerdo obedece formalmente a la estructura expuesta, sobre nuestra concepción del acto administrativo; se diferencia en la amplitud que, tanto en una como en la otra teoría, se otorga a lo que se entiende por acto o por acuerdo administrativo.

44. *Idem*, p. 249.

45. *Idem*, p. 252.

46. *Idem*, p. 251.

Como complemento, observemos algunos conceptos doctrinales de acto administrativo, para conocer de esta manera, como ya lo decíamos, la diversidad de opiniones que se han expresado, desde el más variado punto de vista. En su mayoría, los criterios de la doctrina Alessi se encuadran de manera general en una u otra de las teorías antes explicadas.

Teoría de Vedel. Decisión ejecutoria

Para Vedel, la conocida teoría del acto administrativo se recoge en la por él denominada "decisión ejecutoria" y ésta sostiene que:

"Entre las prerrogativas de potestad pública de que dispone la administración, la más característica es, sin duda, la de poder adoptar decisiones ejecutorias, es decir, hacer nacer unilateralmente obligaciones y eventualmente, derechos en beneficio a cargo de terceros, sin el consentimiento de éstos... Las decisiones ejecutorias pertenecen a la categoría de los actos jurídicos; constituyen manifestaciones de voluntad a fin de producir efectos jurídicos..."⁴⁷.

Los conceptos anteriores llevan a la autora a definir el acto administrativo, como "una decisión ejecutoria de un acto jurídico emitida unilateralmente por la administración con el objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los Derechos que confiere..."⁴⁸.

Otros conceptos

Escola, mientras tanto, entiende por acto administrativo: "una declaración unilateral de voluntad de la Administración, que produce efectos jurídicos subjetivos...". Agrega, que de acuerdo con esto, "...quedan excluidos los reglamentos y los contratos administrativos, que no deben ser considerados actos administrativos"⁴⁹.

47. Vedel, Georges. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 139 y 140.

48. *Idem*, p. 146

49. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, p. 43.

Sayaguez Laso, por su parte, considera el acto administrativo como: "...La declaración unilateral de voluntad de la Administración que crea efectos jurídicos subjetivos..."⁵⁰.

García Oviedo y Martínez Useros definen el acto administrativo como: "...una declaración especial de voluntad de un órgano público, preferentemente de un órgano administrativo, encaminado a producir, pro vía de autoridad, un efecto de Derecho para la satisfacción de un interés administrativo..."⁵¹.

Cretella Junior, al definir el "acto administrativo", lo explica primeramente como "una especie de los actos jurídicos..." que contienen en su formación y expedición claros elementos de particularísimo origen que los hace diferentes de éstos. Los actos administrativos, agrega: "... Son producidos normalmente, por autoridades administrativas. Así, por excepción, pueden nacer de la iniciativa de autoridades públicas o de otros poderes y, excepcionalmente, en casos anormales, de personas privadas, que tienen por objeto materia administrativa..."⁵².

Concluye el profesor de la Universidad de São Paulo, que por acto administrativo debe entenderse: "Toda manifestación de voluntad del Estado, a través de sus representantes, en el ejercicio regular de sus funciones, o por cualquier persona que detente en sus manos, fracción de poder reconocida por el Estado, y que tenga por finalidad inmediata crear, reconocer, modificar, resguardar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, en materia administrativa"⁵³.

Entre nosotros, Tafur Galvis considera que el acto administrativo "es una declaración de voluntad que genera efectos en el ámbito del Derecho..."⁵⁴. Explica el profesor Tafur su concepción del acto administrativo indicando que: "... dentro de la teoría general del Derecho Administrativo, el acto administrativo siempre se ha tipificado como una decisión, inclusive se dice: Decidir es el verbo informador

50. Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, supra nota 20, p. 143.

51. García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros. *Op. cit.*, supra nota 20, p. 14.

52. Cretella Junior, José. *Op. cit.*, supra nota 1, p. 127.

53. *Ibidem*.

54. Tafur Galvis, Alvaro. "Evolución...", *Op. cit.*, supra nota 20, p. 5.

del acto administrativo. Si no hay una decisión, una imposición de conducta de manera obligatoria no se estará, en principio, ante un acto administrativo. Esa decisión naturalmente que exterioriza un proceso de voluntad. Proceso de voluntad que en el ámbito del Derecho Público se dirige al ejercicio de la función administrativa y se dirige, en últimas, al cumplimiento de la voluntad estatal expresando en el ordenamiento jurídico...⁵⁵.

Por último, incluimos las siempre interesantísimas reflexiones sobre acto administrativo del profesor Brewer-Carías, que, como él mismo lo señala, son el producto de un largo proceso evolutivo. Acto administrativo, indica el autor:

“Es toda manifestación de voluntad de carácter sub-legal realizada por los órganos del poder ejecutivo, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; por los órganos del poder legislativo, actuando en ejercicio de la función administrativa y de carácter sub-legal, por los órganos del poder judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa, con el objeto de producir efectos jurídicos determinados que pueden ser o la creación de una situación jurídica individual o general o la aplicación a un sujeto de Derecho en una situación jurídica general...⁵⁶.

El ilustre profesor venezolano fundamenta su conceptualización, en el hecho de que la noción de acto administrativo “sólo puede resultar de una combinación de criterios orgánico, formal y material y nunca puede condicionarse al cumplimiento de una función específica del Estado...”⁵⁷.

55. Tafur Galvis, Alvaro. “El concepto de acto administrativo...”, *Op. cit.*, supra nota 20, p. 186.

56. Brewer-Carías, Allan R., “Ley Orgánica del Procedimiento Administrativo y el Contencioso Administrativo”, en *El procedimiento administrativo, archivo de derecho público y ciencia de la administración*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, vol. IV, 1980, 1981, p. 209; igualmente puede estudiarse la definición de este autor en: “El recurso contencioso-administrativo contra los actos de efectos individuales. Los vicios administrativos”, en *Actas procesales del derecho vivo*, Frañuica, Caracas, Cuadernos latinoamericanos del derecho en acción, núm. 5, 67/69, abril de 1977, p. 84.

57. Brewer-Carías, Allan R., “Ley Orgánica...”, *Op. cit.*, p. 208, y “El Recurso...”, *Op. cit.*, p. 82; en donde agrega: “Ante todo debo señalar que, en mi criterio, no es posible utilizar un criterio único para definir el Acto Administrativo. La heterogeneidad de sus formas y contenido lo demuestra y exige...”.

3. ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Para que el acto administrativo exista jurídicamente y se le tenga por válido, debe concurrir una serie de elementos esenciales, que en su conjunto constituyen sus piezas impulsoras. Cualquier falla o mal funcionamiento de esta estructura, provoca la materialización de vicios descalificadores del acto, en la medida que pueden afectar su validez. Por esto, podemos afirmar que en el ámbito de los elementos esenciales, se configuran las enfermedades del acto, de ahí que su conocimiento posibilite un pronto diagnóstico del padecimiento de la manifestación administrativa^{57A}.

Teóricamente podemos agrupar los elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo en tres importantes sectores. Uno, el de los referentes a los elementos externos del acto, entre los que tenemos el sujeto activo, con sus caracteres connaturales de competencia y voluntad, los sujetos pasivos y las propiamente conocidas como formalidades del acto. En segundo lugar, el sector de los referentes a los elementos internos del acto, que no pueden ser otros que el objeto, los motivos y la finalidad del mismo. Y en tercer lugar, el mérito u oportunidad en la producción del acto, que si bien no vicia la legalidad del mismo, como los dos anteriores, sí constituye importante argumento en la vida práctica del acto administrativo. Desarrollaremos a continuación cada uno de ellos:

Sujetos del acto administrativo

En toda relación de actuación administrativa y de ejecutoriedad de un acto administrativo, intervienen en mayor o menor grado, según las circunstancias y modalidades, dos sujetos de derecho: la administración o quien cumpla funciones administrativas, y la persona u órgano a quien van dirigidas las estipulaciones jurídicas contenidas en la manifestación de la autoridad administrativa.

57A. Cavalcanti, Themístocles Brandao. *Op.cit. supra* nota No. 2 p. 62 "... entendemos que los elementos de los actos administrativos son los mismos de los actos jurídicos en general, apenas con las peculiaridades propias a la naturaleza de la actividad administrativa. Así ocurre con la forma de manifestación de la voluntad, la declaración de los motivos, la determinación de las causas, la definición de competencias, y las exigencias formales para la validez del acto...".

El acto administrativo es, como lo hemos visto, una manifestación de decisión, es decir, que tan sólo interviene en su construcción la voluntad de la administración, imponiéndose ésta incluso contra el querer del sujeto pasivo del mandato administrativo. Desde este punto de vista, encontraremos que al primero de los sujetos intervinientes en el contexto del acto administrativo, lo podríamos llamar sujeto activo, y al segundo: sujeto pasivo.

Sujeto activo

El sujeto activo es el creador del acto administrativo. Corresponde esta calificación al órgano del Estado, o al sujeto revestido de funciones administrativas y que manifiesta contenidos aptos para modificar o extinguir el mundo jurídico el cual está bajo su competencia. Lo denominamos activo en la medida en que en el ejercicio de sus facultades profiere y posiblemente ejecuta el llamado acto administrativo⁵⁸.

Las personas jurídicamente capacitadas para ser sujetos activos en la función administrativa, pueden ser o no de derecho público. Los adelantos suscitados en el cumplimiento eficiente de los servicios estatales ha provocado que organismos particulares, de naturaleza iusprivatista, ejerciten inigualables funciones administrativas. En el derecho colombiano, según el Decreto 01 de 1984, en su artículo 1, se acepta la anterior hipótesis, ordenando que en tales eventos dichas "autoridades" deberán adecuar sus comportamientos a las normas reguladoras de las actuaciones administrativas. El principio se reitera en los artículos 82 y 83 del mismo código y en los contenidos mismos de la Constitución de 1991, en especial el Art. 123 Inc. 3.

⁵⁸. Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1986; p. 267. "... El sujeto del Acto Administrativo es el órgano de la administración que lo realiza. En su carácter de Acto Jurídico, el Acto Administrativo exige ser realizado por quien tiene aptitud legal...". González Pérez, Jesús. *El procedimiento administrativo*, Madrid, Ed. Abella, 1964, pp. 191 y ss. Fernández de Oliveira, Regis. *Op.cit*; *supra* nota núm.. 21A p. 52.

El profesor Miguel González Rodríguez ejemplariza los casos en que los particulares cumplen claras funciones administrativas, indicando que entre ellas tenemos -por lo menos en derecho colombiano- las cámaras de comercio, las asociaciones de usuarios, algunas sociedades de economía mixta con capital estatal minoritario, etcétera⁵⁹.

Por tratarse, como lo hemos dicho, de organismos a los que se les ha atribuido personalidad, “carecen de una entidad orgánica natural” para el cumplimiento de sus atribuciones. Razón ésta que hace que se tengan que valer de personas físicas -funcionarios- para que realicen las actividades imputables a ellos⁶⁰.

Del sujeto activo del acto administrativo, y en razón de su personalidad, se deben predicar dos importantes elementos que lo caracterizan, otorgándole sus especiales connotaciones de sujeto del derecho público. Estos elementos son la competencia y la voluntad.

La competencia

Tratándose de la función administrativa, la competencia de los órganos para proferir y ejecutar los actos administrativos, es sinónimo de capacidad, en cuanto aquélla es la aptitud que otorga la Constitución, la ley o el reglamento al ente administrativo, para que éste manifieste y ejecute válidamente su voluntad. Señala precisamente el profesor

59. Cfr., González Rodríguez, Miguel. *Derecho procesal administrativo*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1984, p. 6; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de septiembre 24 de 1971, C.P. Humberto Murcia Ballén, Anales del Consejo de Estado, núms. 431-432, tomo LXXXI, año XLVII, segundo semestre, p. 224; respecto del sujeto activo sostuvo la corporación que ellos podrían ser: “Personas u órganos distintos de la administración, si actúan en función administrativa”.

60. González Pérez, Jesús. *El procedimiento...*, op. cit., p. 191. El reclutamiento de personal adecuado para la eficacia de los órganos administrativos ha llevado a la doctrina a plantear la teoría del “The Right Man for the Right Place”, consistente en que cada funcionario o clases de funcionarios deben ocupar el puesto o puestos de la organización más adecuados a la función para que han sido reclutados. Véase, Carro Martínez, Alberto. “La organización de la administración española y el artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo”, en González Navarro, Francisco. *El procedimiento administrativo español en la doctrina científica*, Madrid, Antología de textos, 1958-1970, boletín oficial del Estado; 1972, pp. 207 y 208.

brasileño Themistocles Brandao Cavalcanti, que "...la capacidad para la práctica del acto administrativo, se traduce también en el derecho administrativo en términos de competencia... será así capaz, la autoridad que tiene competencia para el ejercicio de un asunto, siendo en consecuencia nulo el acto proferido por aquella que no tenga competencia, por lo tanto que carezca de capacidad legal para la práctica del acto... es por lo tanto capaz aquella autoridad que ha sido investida legalmente, para la práctica de un acto o el ejercicio de una función..."^{60A}.

La competencia se mide por la cantidad de poder depositado en un órgano y su posibilidad de realizar el acto administrativo. Por tanto, no es absoluta; debe en todos los casos aparecer cierta y limitada, de manera que facilite al funcionario su ejercicio y garantice al administrado la seguridad requerida para salvaguardar su vida, honra y bienes.

De lo anterior resulta fácil inferir que las normas determinantes de la competencia, deben ser cronológicamente anteriores al acto administrativo que se pretenda ejecutar; de lo contrario, la legalidad del proceso administrativo, (debido proceso Art. 29 Constitucional) resultaría violentada, atropellándose a los administrados, lo mismo al orden jurídico institucional.

El acto administrativo es válido, cuando el órgano que ejerce las funciones administrativas actúa dentro de los linderos de la competencia asignada. La determinación del grado de competencia que corresponde a cada organismo, como lo advertimos, corresponde al derecho positivo; sin embargo, existen importantes criterios doctrinales que permiten delimitar con precisión el ámbito del poder o la capacidad de actuación de un ente administrativo: son los conocidos como los determinantes de la competencia en razón del grado, materia, territorio y tiempo⁶¹. La primera determinante es

^{60A}. Calvacanti, Themístocles Brandao. *Op.cit., supra* nota No. 2. pp. 66 y 67. Fernández de Oliveira, Regis. *Op.cit., supra* nota No. 21A. p. 53.

⁶¹. Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, auto de marzo 9 de 1971, C.P. Lucrecio Jaramillo Vélez, Anales del Consejo de Estado, núms. 429-430, tomo LXXX,

aquella que corresponde a un órgano de la administración pública en razón al lugar que ocupa dentro de la estructura de la administración; corresponde al grado jerárquico administrativo de la autoridad. La segunda determinante corresponde a la clase o tipo de funciones que de acuerdo con las normas superiores o legales debe cumplir la entidad. La tercera se refiere al ámbito espacial dentro del cual el órgano administrativo puede ejercer las funciones que le corresponden. La última determinante corresponde a las oportunidades temporales que tiene un organismo administrativo para proferir determinados actos^{61A}.

La competencia reviste algunas otras características especiales: tales como que debe ser expresa, irrenunciable, improrrogable, o indelegable. No puede ser negociable por la administración. Es estricta, en cuanto emana del orden impuesto por el poder constituyente y legal^{61B}.

Lo anterior nos permite concluir que la competencia, resulta connatural al principio de la legalidad -véase capítulo quinto- en materia del derecho administrativo, pues ella determina las obligaciones, derechos y facultades a los que la administración se encuentra invariablemente ligada y constituye el sendero o cauce del actuar administrativo.

primer semestre 1971, p. 367; dijo la corporación: "1. Órgano competente: El acto debe emanar de la administración, es decir, de un órgano estatal que actúe en función administrativa, además, el órgano de la administración debe actuar dentro del límite de su competencia". Consúltese, asimismo, Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, pp. 44 y 83. "...La competencia de un órgano administrativo surge de la ley... se halla encuadrada y limitada por esas mismas normas legales... es improrrogable; no debe ser delegada o sustituida en favor de otro órgano administrativo distinto, sino cuando la misma ley autoriza... surge en razón del grado, de la materia, del territorio o del tiempo". García Trevijano Fos, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, tomo I, 1968, pp. 534 y ss.; clasifica este autor la competencia según la materia, el lugar, el grado, el tiempo, la necesidad y la eventualidad, internidad o externidad, de la competencia personal, de la competencia conjunto o alternativa; de la competencia casuística y genérica y especial, exclusiva y excluyente, concurrente (tomo II, pp. 386 y ss).

61A. Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo; Op.cit.; supra* nota No. 2; pp. 165 y ss.

61B. Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo; Op.cit.; supra* nota No. 2; pp. 164 y 165.

No obstante esta aparente claridad, son muchas las dificultades prácticas en cuanto a la competencia. Incluso son numerosos los problemas inter-administrativos para su definición. De aquí que el legislador hubiere instituido en los Art. 33 y 88 del C. C. A., actuaciones administrativas y jurisdiccionales, a través de las cuales se pueden resolver conflictos de competencia entre autoridades administrativas.

La voluntad

Sobre el aspecto volitivo del acto administrativo, ya nos hemos referido extensamente en el presente capítulo, y lo haremos igualmente en el tercero, al explicar los aspectos subjetivos en la formación del acto. Podemos anotar, no obstante, que su inclusión como elemento del acto administrativo ha sido controvertida por algún sector de la doctrina⁶². Sus teóricos detractores la consideran como un presupuesto obvio, *sine qua non* para la existencia del acto, mas no uno de sus elementos; "la voluntad es un proceso anterior al acto", agregan. En nuestro concepto, ubicándola lógicamente donde debe estar y predicarse, es decir, en el órgano administrativo, no nos queda más que refutar la anterior tesis y considerar a la voluntad como uno de los principalísimos elementos del acto administrativo. Entendiendo siempre que se trata de la voluntad de la administración y no de quien ejerce la vocería del Estado. Los sujetos naturales son simples intérpretes de la voluntad potencial expuesta por el Constituyente en la norma positiva. Desde este punto de vista, propondría la siguiente tesis: la de una voluntad del intérprete, persona natural, al servicio de la objetiva voluntad de la administración. La conjunción de las dos voluntades, permite identificar todo un proceso subjetivo de materialización de la voluntad efectiva de la administración.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es aquel sobre quien recae los efectos del acto y quien en consecuencia ve alteradas las relaciones jurídicas que lo vinculaban

⁶². Cfr., entre otros, Gallo de Pompono, Celia E. "La voluntad en el acto administrativo", en *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1975, p. 58; Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, pp. 48 y 49.

con la administración. Puede recaer este calificativo en una persona nacional o extranjera, natural o jurídica, de derecho público o privado, incluso, en la misma administración, tratándose de las relaciones interadministrativas.

Lo anterior, de ninguna manera implica que estemos aceptando una posible formación bilateral del acto administrativo, negando de plano nuestra teoría del carácter estrictamente unilateral del acto administrativo. Simplemente estamos haciendo notar que la proyección de la exteriorización del acto, recae necesariamente sobre un algo que identificamos precisamente como el sujeto pasivo⁶³.

Objeto del acto administrativo

El objeto consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto, pero materializado fuera de él. Se puede entender, asimismo, como el mundo jurídico a modificarse o alterarse en la ejecución del acto administrativo. El objeto está constituido por todo aquello de que se ocupa el acto administrativo jurídicamente. Como ilustra Tafur, el objeto es precisamente lo que se decide en el acto, es el contenido del acto que debe corresponder, en su materialidad, precisamente a la función administrativa, no a otra naturaleza, bien sea de otras funciones del Estado o de actividades propias de las personas jurídicas⁶⁴. Con todo lo anterior, sin embargo, la doctrina

63. Se puede analizar profundamente este carácter unilateral del acto en Díez, Manuel María. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 51 y 52; del mismo autor, "Noción conceptual...", *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 265-267; Acosto Romero, Miguel. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 22 y ss.

64. Cfr., Tafur Galvis, Alvaro. "El concepto...", *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 188; Cretella Junior, José. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 182, é o efeito prático que, na órbita administrativa, o sujeito pretende alcançar a través de sua acao direta ou indireta é a própria substancia do ato, seu conteúdo...". Cavalcanti, Themístocles Brandao. *Op. cit.* *supra* nota no. 2 "... el objeto es la cosa o hecho a ser prestado, es como decíamos, en propio contenido de la obligación, el derecho creado por el acto administrativo...." La doctrina italiana diferencia entre objeto y contenido, mientras el primero consiste en la actividad o la cosa respecto de la cual se dispone jurídicamente, el contenido es todo aquello que la administración dispone, ordena, permite o certifica. Véase a este respecto, Guido Landi y Giuseppe Potenza. *Op. cit.*, *supra* nota No. 2 pag. 224.

tradicionalmente ha diferenciado el objeto del llamado contenido del acto, considerando a este último como un elemento autónomo⁶⁵. En nuestro concepto, se trata de elementos complementarios, coadyuvantes y estrechamente vinculados. Mientras el primero consiste en el efecto que se persigue, el segundo sería la materia en la que se estructura el acto. Como se observa, esta distinción no hace más que resaltar aspectos de un mismo concepto: el del objeto del acto administrativo. El objeto debe ser lícito, posible y existente.

Se infiere fácilmente -no obstante la relación y coordinación existente entre todos los elementos del acto administrativo- que el objeto se halla íntimamente ligado a la competencia que tiene atribuida el órgano administrativo; se relaciona con ésta precisamente porque es la que determina el campo de acción de las autoridades; sobre lo que pueden válidamente ocuparse las autoridades⁶⁶.

Motivo del acto administrativo

El motivo hace referencia a la comúnmente conocida teoría de la causa, la cual, más que un problema jurídico, se convierte en una extensa discrepancia filosófica. Sin embargo, para exponer una idea sobre ella, podríamos entenderla como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo.

En el anterior sentido, la máxima corporación contencioso administrativa se ha pronunciado, sosteniendo, certeramente, que la administración pública no puede actuar sin senderos orientadores que le permitan, con la claridad del derecho, proferir los actos administrativos. Debe observar el órgano competente las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso, distinguiendo de todas formas las actividades regladas, de las discrecionales, por cuanto en aquéllas, las mentadas circunstancias

65. Cfr., Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota, p. 444.

66. Consúltese en este sentido, Caldera Delgado, Hugo. "El control de la desviación de fin en el acto administrativo", en *Revista de Derecho*, Concepción, núm. 165, Universidad de Concepción, enero-diciembre de 1977, p. 156.

están por lo general determinadas de antemano por normas de obligatorio cumplimiento; mientras en éstas, la administración goza de un margen de acción para decidir.

Las circunstancias de hecho o de derecho, que provocan la emisión de un acto administrativo, constituyen la causa o motivo del acto administrativo⁶⁷.

Estudiar los motivos del acto, como señala Jossierand, no es más que "...penetrar hasta la esencia misma del Derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos: ...ya que los móviles no son otra cosa, ...sino los resortes de la voluntad, la cual, a su vez da vida al Derecho..."⁶⁸.

A diferencia de los motivos en las actividades de los particulares, en los órganos públicos que actúan de acuerdo con expresas directivas, superiores o legales, los fundamentos de la actuación de éstos no pueden ser otros que las circunstancias de hecho o de derecho que se deriven precisamente de los asuntos de su competencia. Estas circunstancias son las que deben estructurar la decisión administrativa.

El uruguayo Alberto Ramón Leal prefiere referirse a este elemento como el de la "fundamentación", en razón a que hay que darle al concepto "toda la amplitud que tiene en la realidad jurídica, que va más allá de los llamados motivos... el alcance del concepto fundamentación es amplio y abarca, según Caetano, los motivos en sentido muy amplio; 'las razones por las que el órgano administrativo tomó cierta decisión y pueden consistir en fundamentos de Derecho o en Hechos' "⁶⁹.

67. Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, auto de marzo 9 de 1971, C.P. Lucrecio Jaramillo Vélez, Anales del Consejo de Estado, núms. 429-430, tomo LXXX, primer semestre 1971, p. 367. Antonio Carlos de Araújo, Cintra: Motivo e motivacao do ato administrativo. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1979.

68. Cfr., Jossierand, Louis. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, Puebla, México, Editorial José M. Cajicá, 1946, p. 9; asimismo, pueden consultarse en la página 19 las explicaciones que hace el autor a los móviles en el derecho administrativo.

69. Cfr., Leal, Alberto Ramón. "La fundamentación del acto administrativo", *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, Bogotá, núm. 522, mayo-julio de 1983, pp. 7 y 8.

El Derecho Positivo colombiano, obliga a la motivación del acto, sea éste reglado o discrecional. En este último caso, porque se parte de la idea de que lo discrecional, debe necesariamente tener una base legal. Dentro de la primera clase de actos, es decir, los reglados, la motivación puede ser simplemente formal o indicativa de la fuente que da origen a la actuación; o sustancial, cuando se indica de manera sumaria, las relaciones y justificaciones entre las normas que rigen el acto y las razones fácticas que llevan a su expedición. Esto es, porque hay actos, sobre todo los de carácter general, cuya razón está dada generalmente por el simple ejercicio de una norma de competencia. En otras oportunidades, por el contrario, se está determinando o contravirtiendo derechos subjetivos, por esta razón su motivación debe ser esencialmente enunciativa de los argumentos utilizados por la administración.

En el anterior sentido se pronuncia el Art. 35 del C. C. A., cuando indica que "...habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria, si afecta a particulares. En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite..."

Tratándose de los actos discrecionales, el Art. 36 del mismo Código, en la creencia de que la discrecionalidad no puede ser sinónimo de arbitrariedad, o ilegalidad, obliga a expresar las razones de su expedición. La disposición indica lo siguiente: "...En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa..."

Finalidad del acto administrativo

Todo acto administrativo debe perseguir un fin determinado, lo que implica que, al dictarse, debe procurar hacerse con la orientación indicada para lograr el fin propuesto; esta orientación se alcanza en la medida que se observen una serie de reglas que el Consejo de Estado, siguiendo la doctrina tradicional, ha expuesto de la siguiente manera:

a) El agente administrativo no puede perseguir sino un fin de interés general, b) El agente público no debe seguir una finalidad en oposición a la ley, c) No basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto, d) Pero siendo aún lícito el fin, de interés público, y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de actos que la ley ha establecido al efecto⁷⁰.

La actividad de la administración es eminentemente teológica. Esta característica se observa en el elemento conocido doctrinalmente como la "finalidad del acto". Si en el objeto encontramos el contenido sobre el que actúa la administración; en los motivos, los antecedentes de hecho o de derecho que estimulan la actuación de las autoridades; en el fin, encontramos las metas que debe lograr la administración pública con su actividad. Estas metas no pueden ser otras que la satisfacción de los intereses públicos.

En efecto, señala Escola: "los órganos de la administración deben cumplir sus actividades procurando alcanzar ciertos objetivos que, cualesquiera que sean, siempre habrán de estar de acuerdo con el interés público..."⁷¹.

Este elemento finalístico del acto administrativo, encuentra sus bases en el texto mismo de la Constitución, cuando le indica a los servidores públicos y a quienes ejercitan sus funciones, que las actuaciones y decisiones estatales deben estar regidas por el interés general, respecto del estrictamente personal y que en la materialización de sus competencias, el Estado tiene un sendero prefijado de beneficio común. Los arts. 2, 123 Inc. 2 y 209 Constitucionales, enmarcan esta relación sistemática.

El artículo 123 Inc. 2, nos enseña que los "...servidores públicos, están al servicio del Estado y de la comunidad...". El 209, por su parte, señala

70. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de noviembre 25 de 1971, C.P. Eduardo Aguilar Vélez, Anales del Consejo de Estado, núms. 431-432, tomo LXXXI, segundo semestre de 1971, p. 130.

71. Cfr., Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, supra nota 31, p. 55.



como uno de los principios rectores de la función administrativa, el del "... interés general...". El Art. 2o. Constitucional, comprendiendo todo lo anterior, va mucho más allá y define con precisión el ámbito teleológico del Estado, determinando las pautas y conceptos que deben ordenar cualquier decisión pública: "...son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...".

Formalidades del acto administrativo

La doctrina y la jurisprudencia, tradicionalmente han venido distinguiendo los conceptos de procedimiento, forma y formalidad. Mediante el primero entienden las de vías de producción del acto administrativo, las cuales estarían integradas por el conjunto de trámites legales para llegar al producto final -acto-. Con el segundo concepto distinguen el modo o manera en que la voluntad se manifiesta para dar vida al acto administrativo. Y, con el tercero, definen el conjunto de requisitos que han de observarse para dictar el acto: requisitos que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto administrativo.

Como se observa, los tres fenómenos descritos, independientemente, caracterizan aspectos difícilmente separables; pero que en conjunto, en nuestro concepto, integran el procedimiento de la actuación administrativa, que en sí no es más que el compendio de formas y formalidades para llegar al acto administrativo⁷².

72. Confróntese, entre otros, a López-Nieto y Mallo Francisco. *Op. cit.*, supra nota 37, p. 207, y Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, auto de marzo 9 de 1971,

Tradicionalmente y tal como se expresará en su oportunidad, las formalidades han sido clasificadas en sustanciales y meramente accidentales. Las primeras, son aquellas que de estructurarse, vician el acto administrativo. Las segundas, son aquellas que no tienen poder suficiente para perturbar la legalidad del acto.

Tratándose de las formalidades, o procedimiento administrativo, la doctrina nos enseña su carácter de no estrictamente rituado, en contradicción a los procedimientos típicamente jurisdiccionales. El procedimiento administrativo es flexible; indica al funcionario que lo impulsa, que simplemente garantice los extremos del debido proceso, sin exigir etapas o períodos predeterminados, en materia probatoria ni formalidades excesivas^{72A}.

El mérito en el acto administrativo

Al igual que la finalidad del acto, el elemento del mérito es esencialmente subjetivo, no confundible con aquel, ni mucho menos con el motivo del acto, aunque de éste comparte su carácter de razonador, pero insisto, es subjetivo, en cuanto determinante de la oportunidad para la expedición del acto. Su grado de subjetividad nos resulta tan profundo y amplio, que trasciende el ámbito de lo estrictamente legal y se sitúa, en muchos casos, en el campo de los juicios políticos.

Escola señala que el mérito se refiere a la oportunidad o conveniencia en la expedición del acto administrativo. Conveniencia que está en íntima relación con los fines del Estado, pues obliga a quien expresa la voluntad del mismo, a expresarla cuando se requiere verdadera y ciertamente, para cumplir los cometidos de éste. Implica todo un juicio de valoración por quien ejerce funciones administrativas para

C.P. Lucrecio Jaramillo Vélez, *Anales del Consejo de Estado*, núms. 429-430, tomo LXXX, primer semestre de 1971, p. 367, quienes hacen las diferencias anotadas como si ellas implicaran separadamente aspectos importantes para efectos de la eficacia o validez del acto.

72A. Escola, Héctor Jorge. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, 2da. edición, ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981, p. 152.

que los actos expedidos sean realmente beneficiosos. "...el examen del mérito del acto tiene, actualmente, gran importancia práctica, pues no basta, como se ha dicho, que los actos administrativos se ajusten en su integridad a la Ley, sino que es imprescindible que sean adecuados en su mérito, estando en el interés y en el derecho de todos exigir que se dé efectivamente esa condición..."^{72B}.

En Derecho colombiano, es factible sostener que los actos administrativos llevan el mérito como uno de sus elementos. Resulta imposible concebir un acto en el cual el sujeto actor no hubiere evaluado la conveniencia u oportunidad del mismo. Se trata de un esfuerzo que lleva implícita toda decisión de la administración. Lo que sí resulta claro en nuestro ordenamiento es que este elemento no genera vicios en la legalidad del acto. Al contrario de lo que ocurre en otras legislaciones, en nuestro medio puede generar controles políticos o administrativos, pero de ninguna manera contenciosos administrativos. Si confrontamos las causales de nulidad establecidas en el Art. 84, del Código Contencioso Administrativo, ninguna causal nos permitiría tipificar la violación al mérito como causal de nulidad del acto administrativo. Su desconocimiento podría implicar responsabilidad personal para el agente productor del acto, pero no alteración de la legalidad del mismo.

Acorde con lo anterior, el ordenamiento positivo otorga importantes instrumentos para evaluar y eventualmente, controlar administrativamente el mérito de los actos. Los Arts. 267 y 344 Constitucionales, otorgan a las Contralorías y a las oficinas de Planeación, la evaluación de la gestión de la administración. Se trata nada menos que el análisis de la oportunidad de las decisiones públicas, lo cual no es otra cosa que el mérito de los actos administrativos expedidos. Por otra parte, el Art. 69 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, permite extinguir los efectos jurídicos de los actos administrativos por razones de oportunidad o mérito: El acto podrá ser revocado cuando, "...no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él...". No se trata de un

^{72B}. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota No. 72 A. p. 143.

juicio propiamente la legalidad del acto, sino de la revocatoria por razones de conveniencia, evaluada por la administración productora de la decisión. Igual sucede tratándose de las objeciones de los Alcaldes sobre los proyectos de acuerdos de los Concejos o a los gobernadores sobre los proyectos de ordenanza de las Asambleas. La Constitución permite que estos funcionarios por razones de oportunidad o conveniencia, objeten los acuerdos y ordenanzas. (Arts. 305. numeral 9 y 315 numeral 6 respectivamente).

Para algunos autores el mérito se confunde en algunos casos con la causa y en otros con la finalidad del acto. Para otros autores, considerar el mérito como elemento del acto, implicaría negar el principio de la legalidad y someter a los funcionarios administrativos, a análisis y evaluaciones independientes de los cauces jurídico-positivos.