

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE ¿UN CRITERIO PARA DEFINIR UN ACTO EXPEDIDO POR LA ADMINISTRACIÓN?¹

Janier Alejandro Vélez Posada²

RESUMEN. El texto hace un análisis sobre el problema que surge a partir de la interpretación de la jurisprudencia respecto de los actos expedidos por entidades que someten su actividad al derecho privado. En un primer momento se exponen las posturas que consideran quienes se inclinan ante la posición de que estos son actos privados, considerando el régimen jurídico aplicable y la función que se ejerce en este ámbito. Por otro lado, se exponen las razones por las que este razonamiento es perjudicial para el ordenamiento y se toma la postura de que es acto administrativo todo aquel que encaje en los elementos de la noción brindados doctrinal y jurisprudencialmente.

Introducción

El estudio del *acto administrativo*, en la actualidad, si bien no se distancia mucho de lo que se ha analizado anteriormente en la doctrina, conlleva dificultades propias, diferentes a las de otras épocas y contextos. Así, en nuestra realidad y modelo de Estado, surgen inconvenientes al caracterizar algunos *actos de la Administración*. En concreto, se discute sobre la naturaleza de los actos que expiden las entidades estatales que someten su actuación al régimen de derecho privado —civil, comercial, laboral, etc.—. En el contexto colombiano, una serie de pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la naturaleza jurídica de estos actos han evidenciado, por lo menos, dos posturas sobre su carácter.

Por un lado, hay una gran cantidad de pronunciamientos del Consejo de Estado que sostienen que se trata de actos administrativos, toda vez que el régimen aplicable no es un criterio para tomar en cuenta en la definición del acto administrativo, punto que comparten algunos doctrinantes. En efecto, allí consideran que los criterios para tener en cuenta para determinar si se ha expedido un acto administrativo, o no, son los que ha establecido la jurisprudencia en reiteradas ocasiones. Esto, además, es apoyado en otros argumentos que

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 10 de febrero de 2024, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Richard S. Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo— sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: El acto administrativo, dirigida por el Profesor-Investigador Principal Fabián Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel 1, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—.

consideran los derechos de los administrados y razonamientos de discusiones similares.

Por otro lado, este órgano ha sostenido también que si el régimen al que se somete la actuación es el privado, por lo mismo, estos son actos privados. Quienes sostienen esta tesis, argumentan que la ley ha querido que el Estado actúe como los demás agentes económicos: sin estar revestido de prerrogativas de poder público, sin ejercer la función administrativa. Además, en el caso de las empresas prestadoras de servicios, usualmente existe una norma expresa que somete la actuación de estas entidades al régimen de lo privado, aspecto que será objeto de este estudio.

Así las cosas, este escrito se adentra en la argumentación de ambas posturas, haciendo un análisis crítico a la vez que se exponen los razonamientos. Para esto se hará énfasis en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, expediente 42.003 del 2020, que toma la postura de que los actos que expide la Administración cuando se somete al régimen privado son actos privados. En esta sentencia se recogen los argumentos que han sostenido esta postura, que serán contrastados con los argumentos de quienes consideran lo opuesto, para tomar una posición con fundamento en estos razonamientos y la doctrina pertinente.

1. El régimen jurídico aplicable a la actuación determina la naturaleza del acto: sentencia SU 42.003 de 2020, M.P. Alberto Montaña Plata

Esta sentencia, que no es recibida pacíficamente entre los que estudian el derecho administrativo, contiene, por lo menos, 3 argumentos relevantes para sostener que el régimen jurídico aplicable a una materia es un criterio para tener en cuenta al indagar sobre la naturaleza jurídica de un acto expedido unilateralmente por la Administración. Es decir, considera que un acto expedido unilateralmente por una entidad —empresa prestadora de servicios públicos, en el caso analizado— que somete su actuación a un régimen privado, es un acto de carácter privado y no administrativo³. Esta sentencia, a su vez, tiene como fundamento un auto expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado en 1997, en el que se discutió el asunto por primera vez en la jurisdicción.

En el auto S-701 de 1997, con ponencia del magistrado Carlos Betancur Jaramillo, se discutió una controversia contractual de una entidad del Estado. En concreto, se analizan varios puntos relacionados con la jurisdicción competente para resolver un conflicto entre dicha entidad —empresa prestadora de servicios

³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Exp. 42.003. C.P. Alberto Montaña Plata.

públicos— y una persona natural⁴. La discusión que allí se desarrolla surge del sometimiento de la actuación de estas entidades al derecho privado, por disposición de la Ley 142 de 1994, que en sus artículos 31 y 32 dispone:

«Artículo 31. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

»[...].

»Artículo 32. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado».

En dicha providencia se mencionó que «[...] los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154 —algunas potestades excepcionales—, que serán materialmente actos administrativos»⁵. En este último caso, claro está, supone la previa autorización por parte de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios para incluir las respectivas potestades excepcionales en los contratos respectivos.

Esta tesis se ha sostenido a lo largo del tiempo, y se ha desarrollado de la siguiente forma:

«[...] aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, bien sea mediante la compensación u otros mecanismos legales, ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, que a su turno conllevará la indemnización de los perjuicios causados al contratista.

»Bajo este escenario, debe igualmente anotarse que los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Auto del 23 de septiembre de 1997. Exp. S-701. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁵ Ibid.

es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo»⁶.

Allí se evidencia una intención de quitar a la entidad pública el ejercicio de poder en el ámbito contractual, haciendo que esta tenga las mismas posibilidades que los particulares en la contratación privada, sin ningún tipo de prerrogativa. Postura similar se encuentra en pronunciamientos posteriores, donde se reitera esta idea, mencionando, por ejemplo, que «[...] debe tomarse en serio el régimen jurídico aplicable. Si ello es así, una de las primeras consecuencias necesarias viene dada por evidenciar que, actos en los que se terminó el contrato, no son, en realidad, actos administrativos, en otras palabras, no son actuaciones que concreten una función administrativa a través del ejercicio legítimo del poder»⁷. Se evidencia entonces, que se vincula el acto administrativo con las prerrogativas del poder público, aun cuando en una gran cantidad de casos la Administración no actúa ejerciendo su autoridad para imponerse, sino que simplemente actúa en aplicación de la ley.

Incluso, en otros pronunciamientos interpreta que la aplicación de cláusulas exorbitantes, como la terminación unilateral, son en virtud del pacto negocial, mas que de la autorización que den las comisiones de regulación para su uso. Esto se evidencia en la postura tomada en el 2017 por el Consejo de Estado, al mencionar:

«[...] si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos»⁸.

Esta posición encuentra dificultades en la medida en que la jurisprudencia colombiana no ha sido unánime respecto a la inclusión de estas cláusulas en el contrato en virtud de la autonomía privada. Además, parece estar autorizando a estas entidades para que lo hagan, aun cuando el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 establece que esto queda condicionado a que las Comisiones de Regulación lo autoricen. Se observa una voluntad de omitir los parámetros impuestos a las

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Exp. 56.562. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 2019. Exp. 39.800. C.P. Alberto Montaña Plata.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2017. Exp. 57.394. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

entidades que siempre están sometidas a la norma administrativa, para dar paso a la autonomía de la voluntad privada.

La idea plasmada en estas providencias, sin embargo, encuentra contradicciones en pronunciamientos posteriores, en los que se concluye que el ejercicio contractual de estas entidades no se escapa de los parámetros del derecho público. Así, en el 2008 el Consejo de Estado indicó que: «Con todo, lo anterior no significa que el régimen aplicable a los citados contratos especiales para la gestión de los servicios públicos domiciliarios previstos en el numeral 3 del artículo 39 de la Ley 142 se rijan exclusivamente por el principio de la autonomía negocial dominante en el derecho privado»⁹. En el mismo sentido, en 2012, este órgano expreso que:

«Cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios es, por regla general, el establecido en la normatividad privada, pero, así mismo, es necesario concluir, que, de conformidad con las excepciones dispuestas por la misma ley, dicho régimen debe catalogarse como “mixto”, pues está integrado tanto por normas propias del derecho privado como del derecho público»¹⁰.

En este orden de ideas, se confirma que el derecho público no desaparece de la actividad de este tipo de entidades, razón por la que me inclino a considerar que el régimen jurídico aplicable a estas actuaciones no es un criterio para determinar la naturaleza del acto. Esto en la medida en que las entidades que se someten directamente al derecho público también someten parte de su actuación a las reglas del derecho privado, y aun así sus actos se consideran administrativos. No obstante, esta postura se apoyará en más argumentos que se expondrán más adelante.

Ahora, la postura jurisprudencial, según la cual el régimen jurídico aplicable a una actuación es determinante para la constitución del acto administrativo, se vio plasmada en una sentencia de unificación. La sentencia SU-42.003 del 2020, consideró, en su segundo punto de unificación que:

«Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa»¹¹.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 2008. Rad. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 17.907. C.P. William Giraldo Giraldo.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Exp. 42.003. C.P. Alberto Montaña Plata.

Allí, aunque se acepte que el derecho público debe considerarse igualmente en las actuaciones de las entidades que se rigen por el derecho privado, se sostiene la tesis de que sus actos son privados. Esta tesis también tiene apoyo en la doctrina administrativa, pues autores como Manuel María Díez consideran que la Administración solo expide actos administrativos cuando ejerce una potestad pública, y que cuando la potestad es de carácter privado, como comprar o vender, el acto es de carácter privado¹². Esto tendría la dificultad de explicar los contratos de la Administración, pues según estas consideraciones, serían contratos privados y no estatales, como se consideran en Colombia.

Por su parte, Sayagués Lasso sostiene que se debe determinar la naturaleza del acto «[...] atendiendo al régimen jurídico de la actividad de la administración: en general esta se regula por el derecho público, y los actos que realizan son administrativos; pero en la zona en que la administración actúa bajo el derecho privado, los actos son privados»¹³. En ambos autores se observa una inclinación a considerar que hay actos de la administración que escapan de lo público, para considerarse como simples actos civiles o comerciales.

Hasta ahora, se observa que los razonamientos que apoyan esta tesis consideran que: i) el régimen jurídico aplicable a la actuación es determinante para crear actos administrativos y ii) la prestación de los servicios públicos no es función administrativa. A esta posición se suma otro argumento: la expedición de los actos administrativos debe provenir de una facultad expresa en el ordenamiento. Este último se expresó en la sentencia de unificación en los siguientes términos:

«60. De conformidad con la legislación vigente para la época de los hechos (que se mencionará enseguida) se desprende que, de manera general, la EAAB no estaba, ni está expresamente habilitada, constitucional ni legalmente, para emitir actos administrativos y que, la selección de un contratista no hacía, ni hace parte de las excepciones contempladas en la ley en las que ello sí es viable. Por lo tanto, el acto precontractual de “Aceptación de oferta”, que debe analizarse en el presente caso, no es un acto administrativo, sino una decisión que se rige por derecho privado».

Este pronunciamiento se apoyó en sentencias precedentes, en las que se indicó que: «... se debe aceptar que la Ley 142 de 1994 estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer

¹² MARÍA DIEZ, Manuel. El acto administrativo. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina SA., 1993. p. 115

¹³ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Uruguay: Martín Bianchi Altuna 1986. p. 398.

efectiva la póliza de seguro de cumplimiento por la vía administrativa»¹⁴. Allí se refleja el argumento de que la expedición de actos administrativos es una facultad condicionada a la autorización que el ordenamiento jurídico le dé a las entidades estatales. Este argumento, como se expondrá más adelante, resulta irracional para la realidad del ordenamiento jurídico.

En este sentido, los argumentos utilizados por la jurisprudencia en esta tesis son: i) el régimen jurídico aplicable a la actuación es determinante para crear actos administrativos; ii) la prestación de servicios públicos no es función administrativa y; iii) expedir actos administrativos debe provenir de una facultad expresa del ordenamiento. A continuación se expondrán los argumentos en contra de esta tesis, donde también hay sentencias y doctrinantes que la respaldan.

2. Acto administrativo en la jurisprudencia nacional y la doctrina administrativista

Como se observó en los argumentos expuestos en el acápite anterior, dichas apreciaciones tienden a considerar que la actividad contractual regida por el derecho privado no es compatible con el ejercicio de función administrativa. Esto lo apoyan en que la prestación de servicios públicos es una actividad orientada por las dinámicas del mercado, por lo cual no se ejerce una actividad administrativa al ejercerla, sino una actividad comercial. Esto es cuestionable, al menos en Colombia, donde la jurisprudencia ha caracterizado los contratos donde participa una entidad pública como estatales, y que la actividad contractual es una función administrativa. Así lo ha sostenido, por ejemplo, la Corte Constitucional:

«Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como *función administrativa que ejerce*, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación»¹⁵. (énfasis fuera del texto).

En este orden de ideas, sin discutir si se ejerce o no la función administrativa en la prestación de servicios públicos, la función administrativa se manifiesta en la actividad contractual y no en la actividad prestadora. Al respecto, se ha mencionado que «[...] los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para la adquisición de

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de julio de 2018. Exp. 54.688. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz»¹⁶. Así las cosas, el contrato sería el ejercicio de la función administrativa necesaria para gestionar los servicios públicos, que se traduce, a su vez, en la búsqueda del interés general.

Me parece importante confirmar estos enunciados con las posturas doctrinales que mencionan que la función administrativa se puede manifestar de diversas formas. Por ejemplo, si aplicamos el criterio de León Duguit, quien sostiene que la función administrativa se realiza mediante actos por los cuales se da a un sujeto un status que antes no tenía, o se crea una obligación para este, como lo sería el acto de adjudicación, que obliga al proponente a suscribir el contrato con la entidad. En este sentido, se ejerce la función administrativa en los actos de las empresas prestadoras, no por la prestación de servicios, sino por la creación de esta situación, que es producto de la función. En el mismo sentido, Maurice Hauriou plantea que la función administrativa consiste en realizar los asuntos corrientes del público, buscando proveer, por actos y operaciones, a la vez técnicas y jurídicas, a la satisfacción de las necesidades públicas y la gestión de los servicios públicos¹⁷.

El Consejo de Estado ha sostenido una postura similar, al manifestar que:

«[...] por función administrativa se entiende aquella que se ejerce por parte de los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley, y que, excepto para las supremas autoridades administrativas, se caracteriza por la presencia de un poder de instrucción. [...] Así las cosas, la función administrativa es siempre actividad del poder estatal, sea que se realice por órganos o autoridades públicas o por particulares, con la finalidad de materializar los derechos y principios consignados en la parte dogmática de la Constitución¹⁸.

En este sentido, vemos que pierde fuerza el argumento que se utiliza según el cual no se está ejerciendo una función administrativa al tratarse de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pues en ámbitos como el contractual, si se ejerce dicha función. Esto es, si bien no puede considerarse la prestación de estos servicios como una función administrativa, no es menos cierto que para ejercer dicha labor se requiera la función administrativa de contratar.

Por otro lado, quienes sostienen que el régimen jurídico aplicable a una actuación no determina la naturaleza jurídica del acto, plantean que solo es

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ Citados por Héctor Jorge Escola en: Compendio de derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 131.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de julio de 2019. Exp. 2.416. C.P. Germán Alberto Bula Escobar.

necesario analizar si dicho acto encaja o no en la noción de acto administrativo¹⁹. La jurisprudencia ha considerado aplicable este criterio en los siguientes términos:

«[...] no depende del régimen jurídico que le impone la ley en el actuar de la Administración Pública –régimen que puede ser de derecho público o de derecho privado–, sino que deviene de la naturaleza jurídica de la entidad de la cual emana y de la función que cumple al expedirlo, cuyo juzgamiento es de exclusiva competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo»²⁰.

Se evidencia la intención del órgano, orientada a considerar que es relevante el sujeto que lo emite y la función que se cumple al expedirlo, verificando que estos supuestos encajen en la noción brindada por la doctrina y la jurisprudencia. En un mismo sentido se reiteró en 2015 esta posición, con más énfasis en los criterios brindados por la noción, en la cual se razonó así:

«[...] los actos y decisiones de carácter unilateral emitidas por entidades prestadoras de servicios se consideran actos administrativos propios del derecho público por corresponder al cumplimiento de funciones administrativas propiamente señaladas en la ley. Respecto de los actos administrativos, en la misma providencia se hace un estudio de estos y se señala que son aquellas decisiones que adopta una empresa de servicios públicos, cuando reviste los siguientes elementos característicos:

»Un acto positivo, consistente en la expresión o manifestación concreta o específica, proveniente de quienes ejercen funciones administrativas.

»De carácter unilateral, donde se trata de expresar tan solo la voluntad de un sujeto, de aquel que ejerce funciones administrativas, se torna en una manifestación de voluntad y no de consentimiento.

»Una expresión de voluntad.

»Algo que puede provenir no solo de los órganos de la rama ejecutiva del poder público sino también de cualquier autoridad de los otros poderes

¹⁹ En este sentido, Fabian Marín expresa que: «... el método para identificar los actos administrativos —al interior del universo de las decisiones de la administración—, consiste en tomar la definición dada —como si tratara de un fórmula matemática, física o química, o de una plantilla o un molde— para aplicarla a cada uno de los actos de la administración frente a los cuales exista interés en precisar su naturaleza, y determinar, como si tratara de un test, si satisface todos los elementos de la definición. Si lo hace, no queda la menor duda que el acto es administrativo, pero si no cumple alguno de los requisitos —así sea sólo uno— tampoco se puede vacilar en que la decisión no tiene esta naturaleza». (MARÍN CORTÉS, Fabián. Concepto de acto administrativo. Texto inédito. p. 55.)

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 16.656. C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

u órganos autónomos e independientes, e incluso de los particulares a los que le hubieren sido atribuidas funciones administrativas.

»Una naturaleza decisoria, esto es, que posee “la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas a partir de su contenido”».

Este argumento, en mi criterio bastante fuerte, se utiliza para mencionar que, en ninguna de las ocasiones que se ha definido el acto administrativo por este órgano se ha utilizado el criterio del régimen jurídico. Para hacer una simple demostración, se exponen algunas definiciones de la doctrina —que son utilizadas por la jurisprudencia—, y que no contienen el elemento del régimen jurídico aplicable: i) para Guido Zanobini, «El acto administrativo es cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa»²¹; ii) para Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, «El acto administrativo es la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria»²²; iii) en Manuel María Díez, «El acto administrativo es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa.»²³; iv) Enrique Sayagués Lasso: «Acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos jurídicos»²⁴, por último; v) para Maurice Hauriou el acto administrativo es «[...] toda declaración de voluntad encaminada a producir un efecto de derecho, emitida por una autoridad administrativa en forma ejecutoria, es decir, en una forma que produzca la ejecución de oficio»²⁵.

Se logra evidenciar en estas definiciones que, aun con sus diferencias, en ninguna se considera el régimen jurídico aplicable en la definición del acto administrativo. Esta razón tiene gran peso en el estudio del derecho administrativo, pues históricamente se ha determinado la naturaleza jurídica de un acto en atención a estas definiciones. Incluso, se observa que autores como Manuel María Díez y Enrique Sayagués Laso, quienes consideran que pueden existir actos privados de la administración, no incluyen dentro de sus definiciones el régimen aplicable a la actuación. Al respecto, Fabián Marín argumenta que:

²¹ ZANOBINI, Guido: Curso de derecho administrativo. Vol. 1. Milán: Antonino Giuffré, 1947. p. 187.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 20ª ed. Madrid: Civitas, 2022. p. 759.

²³ MARÍA DIEZ, Manuel. El acto administrativo. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina SA., 1993. p. 108.

²⁴ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Uruguay: Martín Bianchi Altuna 1986. p. 388.

²⁵ MATILLA CORREA, Andry, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlado y SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2013. p. 29.

«Desde mi punto de vista un acto no se puede calificar de administrativo o privado por el simple hecho de que se rija por uno u otro régimen jurídico. De hecho, el contrato regido por la ley 80 de 1993 se rige, principalmente, por el derecho privado y, no obstante, eso se califica de estatal. De la misma manera, en materia laboral de los servidores públicos una decisión unilateral puede regirse por normas públicas y calificarse como acto de administrativo –tal es el caso de la negación de una pensión, de un permiso o de una licencia-; y la misma decisión, en manos de la empresa privada, se califica de acto privado»²⁶.

Por su parte, José Roberto Dromi, quien tiene una postura similar, explica que el régimen jurídico aplicable al acto no afecta la naturaleza administrativa del mismo:

«Públicos o privados? Los efectos jurídicos resultan primordialmente del derecho público. El derecho privado se aplica a algunos elementos del acto administrativo y solo por excepción. Es improcedente la distinción entre actos estatales de derecho privado y actos de derecho público, entre actos civiles de la Administración y actos administrativos (dictados en ejercicio de una potestad pública) [...] El acto no deja de ser administrativo porque sus efectos excepcionalmente puedan ser comprendidos en el marco del derecho privado»²⁷.

Dicho razonamiento es compartido, pues, a mi parecer no es posible que pretendamos salirnos de las nociones construidas, incluso en la actualidad, sobre el acto administrativo. Además, la aplicación de un régimen privado por entidades estatales ya había traído problemas similares, como lo plantea María Adriana Marín en su salvamento de voto a la sentencia de unificación de 2020, mencionada anteriormente, donde expone que esto no es un problema nuevo en nuestra jurisprudencia, pues desde antes ya se discutía la naturaleza de los contratos de la administración que se rigen por el derecho privado, donde se consideró que igual era un contrato estatal, sin importar el régimen aplicable. La consejera menciona que esto también sucedió en relación con el juez que conocía de los casos en que el régimen sustantivo aplicable era el derecho privado, donde se utilizó el criterio orgánico para determinar que, al tratarse de un ente estatal, la jurisdicción competente sería la contencioso administrativa.

En este orden de ideas, por los argumentos analizados en este acápite, se comparte la posición según la cual el régimen jurídico aplicable a la actuación administrativa no es determinante para definir la naturaleza del acto. Termino este escrito con una reflexión de gran relevancia que ofreció la consejera mencionada en su salvamento de voto:

²⁶ MARÍN CORTÉS, Fabián. Concepto de acto administrativo. Texto inédito. p. 55.

²⁷ DROMI, Roberto. Acto administrativo. 4 ed. Argentina: Hispania Libros, 2008, 458 p. 23.

«De admitirse la tesis de la Sala, queda en duda, inclusive, la naturaleza de muchas decisiones de la Administración, por ejemplo: i) de los actos precontractuales y contractuales de las entidades regidas por la Ley 80 de 1993, porque según el inciso primero del artículo 13, la actividad contractual se rige por el derecho privado, como regla general, salvo en lo particularmente regulado en ella. Dispone la norma: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. Es claro que la Sala no llegaría a esa conclusión, pero la lógica del análisis empleado para las entidades excluidas de la Ley 80 tendría que llevarla a sostener esto. De otro lado, ii) ¿qué naturaleza tienen las decisiones de la Administración, en los casos en los que aplica derecho privado laboral a los servidores públicos, por ejemplo, la Ley 100 de 1993? La decisión de la cual me aparto diría que no son actos administrativos, lo que me parece insostenible. En otro sentido, iii) el ICBF aplica frecuentemente normas de derecho de familia a sus decisiones, así que para la tesis de la Sala tampoco serían actos administrativos, porque no aplican normas administrativas. Esto también es insostenible. Adicionalmente, la circunstancia de que las decisiones de ciertas entidades estatales se sometan, materialmente, a normas de derecho privado, no se traduce en la desaparición de su naturaleza de organismos integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, que, como tal, ejerce principalmente una función administrativa -de ejecución de la Constitución y la ley- en la toma de todas sus decisiones, las cuales deben guardar la forma de acto administrativo, instrumento de gestión administrativa por excelencia, que garantiza la posibilidad de ejercer un correcto control de la legalidad de sus actuaciones. Las entidades estatales no dejan de serlo porque en sus actuaciones deban aplicarse normas de derecho privado; ellas conservan su razón de ser y la justificación de su existencia, fundada en la satisfacción, de manera directa o indirecta, del interés general y utilizan para ello recursos públicos, por lo que, al tomar decisiones no pueden actuar de manera idéntica a los particulares, puesto que no lo son, y deben hacerlo por el cauce dispuesto para ello, que no es otro que el de la expedición de actos administrativos»²⁸.

De este análisis se desprenden una serie de interrogantes que ponen en tela de juicio la tesis adoptada por la sentencia de unificación del 2020, en cuanto no logra sostenerse en diversos eventos. Allí también se evidencia el riesgo que esta interpretación tiene para los administrados y la administración de justicia, pues todos estos actos saldrían del control de legalidad.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Exp. 42.003. C.P. Alberto Montaña Plata. Salvamento de voto de la Consejera María Adriana Marín.

Bibliografía

Doctrina

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 20ª ed. Madrid: Civetas, 2022. 759 p.

MARÍA DIEZ, Manuel. El acto administrativo. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina SA., 1993.

MARÍN CORTÉS, Fabián. Concepto de acto administrativo. Texto inédito. 76 p.

MATILLA CORREA, Andry, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlado y SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2013.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Uruguay: Martín Bianchi Altuna 1986.

ZANOBINI, Guido: Curso de derecho administrativo. Vol. 1. Milán: Antonino Giuffrè, 1947. 187 p.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Auto del 23 de septiembre de 1997. Exp. S-701. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 2008. Rad. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 16.656. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 17.907. C.P. William Giraldo Giraldo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Exp. 56.562. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2017. Exp. 57.394. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del y de julio de 2018. Exp. 54688. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 2019. Exp. 39.800. C.P. Alberto Montaña Plata.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta. Concepto del 30 de julio de 2019. Exp. 2.416. C.P. Germán Alberto Bula Escobar.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Exp. 42.003. C.P. Alberto Montaña Plata.

