

## **RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE: ¿ELEMENTO ESENCIAL PARA LA DEFINICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO?<sup>1</sup>**

Mitchelle Rincón Rodríguez<sup>2</sup>

**RESUMEN.** El análisis profundo de la noción de acto administrativo supone identificar y precisar cada elemento distintivo de ella. Al verificar la migración de las actividades que típicamente reguló el derecho administrativo hacia el derecho privado, es necesario cuestionar si por esto se transforma la naturaleza jurídica del acto, convirtiéndose de administrativo a privado; o si, por el contrario, el concepto es inmutable, y mantiene su naturaleza a pesar de la normativa aplicable.

### **Introducción**

La teoría general del derecho administrativo desarrolla y profundiza varios aspectos fundamentales y transversales a su propio objeto. Su definición y alcance es una cuestión ampliamente debatida por la doctrina clásica y moderna, tanto nacional como extranjera<sup>3</sup>. Los intentos de elaborarla implicaron la proposición de criterios que recogieran su contenido, centrándose en el órgano, la función o una combinación de ambos<sup>4</sup>. Aunque la intención del texto no es estudiar la noción de

---

<sup>1</sup> 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 Juan David Montoya Penagos, 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 el beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: El acto administrativo, dirigida por el Profesor–Investigador Principal Fabián G. Marín Cortés.

<sup>2</sup> Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel V básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

<sup>3</sup> Cada doctrinante del derecho administrativo propone –o mínimamente revisa– una definición. Históricamente es posible identificar varias, basadas en criterios que no abarcan la totalidad de su contenido y alcance. Por esa razón persiste la dificultad de encontrar un concepto unívoco y completo. Muñoz Machado destaca que la búsqueda de ese criterio es una historia de frustraciones, marcada por el fracaso de las diferentes definiciones doctrinales, que si bien fueron hegemónicas en momentos determinados –ejemplificando la afirmación con la teoría del servicio público– finalmente perdieron relevancia, o se enfrentaron a críticas asiduas (MUÑOZ MACHADO, Santiago. Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración. En: revista de Administración Pública, No. 84. Septiembre-diciembre de 1977, p. 520).

<sup>4</sup> Tradicionalmente la doctrina se basó en tres (3) criterios diferenciadores para proponer la noción del derecho administrativo, siendo: i) la posición subjetivista u organicista; ii) la posición funcionalista, que recoge los criterios que justificaban la noción en: a) la distinción entre los actos de gestión y de autoridad, b) el servicio público, c) las prerrogativas de la administración y d) la función administrativa; y iii) la posición ecléctica.

derecho administrativo, es importante identificar que cada propuesta supone el ejercicio de actividades, que finalmente se ejercen mediante actos diferentes a los que comúnmente desarrollan los particulares, es decir, mediante actos administrativos.

Entre el derecho y el acto administrativo, desde una dimensión teórica y práctica, se crea una relación casi inescindible, por lo menos en los ordenamientos continentales. Su relación es tan importante que Otto Mayer afirma que es preciso analizar la naturaleza del acto administrativo si se pretende comprender al derecho administrativo moderno, porque está dominado por él<sup>5</sup>. Así que, en principio, el acto administrativo existe por la presencia de aquel, es decir, que sin un régimen especial para la Administración, para su función o ambas –dependiendo de la teoría adoptada– no existiría un tipo especial de actuación, ejerciendo entonces actos jurídicos simples, sean de carácter civil o comercial.

Esta idea no carece de aspectos problemáticos. Por el contrario, es posible encontrar complicaciones al evidenciar referencias al acto administrativo en la doctrina que estudia el derecho inglés, así como al identificar posiciones doctrinales que defienden la existencia del acto en actuaciones regidas por derecho privado, aunque esto se analizará posteriormente<sup>6</sup>. Es preciso advertir que lo primero no invalida automáticamente la idea inicial, porque podría significar la formación de derecho administrativo en el *common law*.

Además, tradicionalmente el acto solamente se comprende al interior del derecho continental asociado a este régimen especial, siendo imposible encontrar actuaciones ejercidas por particulares mediante actos administrativos, en virtud de una actuación civil o comercial, actividades propias de este régimen. Una muestra significativa de aquella idea es que concurren elementos definitorios en ambos conceptos, intentando definirlos tanto a partir del órgano –la Administración– como la función –la administrativa–, o una mezcla compleja de ambos.

Si bien la idea parece consistente, la evolución del derecho y la restricción en la aplicación de este régimen especial ha complejizado la cuestión. Esto teniendo en cuenta una disminución las actividades que regula el derecho administrativo, y que inicialmente parecían definitorias de aquel, como el caso del servicio público. Es justamente por esta razón que la conceptualización del acto administrativo

---

<sup>5</sup> MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 125.

<sup>6</sup> Eduardo Soto Kloss analiza la posibilidad de que exista un derecho administrativo inglés, destacando, entre otros aspectos, características de actos administrativos expedidos en ese escenario (SOTO KLOSS, Eduardo. ¿Existe un derecho administrativo inglés? En: revista de Administración Pública, No. 70. 1973, p. 126 y 154).

requiere analizar si uno de sus elementos definitorios es el régimen jurídico que regula la actuación.

Así las cosas, este ensayo se centrará en analizar si el régimen –público o privado– influye en la formación del acto administrativo. En esa medida, se investigará si el concepto depende de la presencia de la naturaleza de la normativa aplicable o si, por el contrario, otros elementos lo caracterizan, siendo necesario abstraer las disposiciones aplicables, lo que redundaría en la existencia de actos administrativos regidos por derecho privado.

## **1. Acto administrativo y régimen jurídico aplicable: ¿elemento esencial para su definición?**

Es preciso recordar que las definiciones del acto administrativo no son unívocas. Por el contrario, la doctrina las propone enfocándose en aspectos precisos, centrándose en uno o varios criterios integradores. Estos se concentran, principalmente, en el sujeto que lo expide, la manifestación de voluntad, su unilateralidad, la función que se ejerce y los efectos que produce.

Zanobini propone como noción de acto «Cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento, juicio, cumplida por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa»<sup>7</sup>. García de Enterría lo comprende como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo de la Administración en ejercicio de una función administrativa, distinta de la potestad reglamentaria<sup>8</sup>. La noción de los autores se centra específicamente en la concurrencia de dos elementos: el sujeto –la Administración– y la potestad o función ejercida.

Dromi lo caracteriza como una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos<sup>9</sup>. En esta oportunidad la identidad implica la integración de algunos elementos comunes a las anteriores, como es el caso de la función que se ejerce, aspecto que le otorga sustantividad, y en la necesidad de la intervención de una única voluntad y la producción de efectos.

Por su lado, Marienhoff señala que el acto administrativo es una declaración, disposición o decisión de una autoridad estatal expedido en ejercicio de función administrativa y que produce efectos jurídicos<sup>10</sup>. Los aspectos distintivos en este

---

<sup>7</sup> ZANOBINI, Guido. Curso de derecho administrativo. Parte General. Santiago de Chile: Olejnik, 2020. p. 199.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 20ª ed. Madrid: Civitas, 2022. p. 759.

<sup>9</sup> DROMI, José Roberto. El acto administrativo. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985. pp. 16 a 22.

<sup>10</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Buenos aires: Ed. Abeledo Perrot, 1988. p. 260.

caso inician con la identificación de un sujeto, como García de Enterría y Zanobini, pero sin restringirlo a la Administración, ampliándolo a cualquier autoridad estatal. Además, coincide con Dromi en señalar que requieren el ejercicio de función administrativa y produce efectos jurídicos.

Para Carlos Balvin, el acto es una declaración unilateral particular expedido por el Estado, en ejercicio de funciones administrativas, con efectos directos e inmediatos sobre terceros<sup>11</sup>. El autor destaca al Estado como un todo, únicamente cualificado por la función: administrativa. Por otra parte, el profesor Marín Cortés también requiere que exista la declaración, la unilateralidad, la expedición en ejercicio de una función –administrativa, de control o electoral– y los efectos jurídicos<sup>12</sup>.

A pesar de la variedad de definiciones, que podría aumentar si se comentaran más autores, la construcción del concepto a partir de la identificación de sus elementos característicos es un común denominador. Como se advirtió previamente, algunos son concurrentes, mientras que otros solamente son propios de ciertas posiciones; sin embargo, en mayor o menor medida, en el sujeto, la declaración, la unilateralidad, la función y los efectos son reiterativos. La doctrina del derecho administrativo se apoya tradicionalmente en estos aspectos para identificarlos, otorgarles alcance y contenido a dichos actos.

Otra idea salta a la vista: ninguna de las definiciones integra como elemento distintivo el régimen jurídico. Los autores, casi sin excepción, ignoran este aspecto y se centran en encontrar otros criterios que, en su concepción, son los que verdaderamente confieren sustantividad a este. Sin embargo, la simple omisión en la propuesta de concepto no basta para decantarse por una u otra respuesta, es decir, por la opción de negar o afirmar la necesidad de la aplicación del derecho administrativo.

## **1.1. Acto administrativo y su relación con el derecho administrativo**

Como bien se identificó en las referencias doctrinales, las definiciones presentadas no identifican el régimen como elemento esencial del acto; no obstante, un aspecto relevante es que siempre se estudia por los autores del derecho administrativo. En oposición, no existen estudios en la teoría general del derecho privado sobre su noción, sus elementos o cualquier otro aspecto de este. Aunque esto parece una obviedad, se quiere destacar por lo advertido desde la introducción: el acto administrativo surge en presencia de este régimen jurídico especial.

---

<sup>11</sup> BALBÍN, Carlos F. Manual de derecho administrativo. Buenos Aires: La Ley, 2015. p. 462.

<sup>12</sup> MARÍN CORTÉS, Fabián. Concepto de acto administrativo. Texto inédito. CEDA. p. 7.

Para precisar esta idea, es necesario advertir que la existencia del derecho administrativo parte de la necesidad de crear una rama autónoma e independiente, con características especiales. La sustantividad del régimen es analizada por la doctrina, por lo que Héctor Escola explica que este se rige por principios orgánicos y generales propios, con un objeto singular y una finalidad especial<sup>13</sup>. Sin embargo, esto no desconoce que lo regulado por él tiene una cierta similitud con el derecho privado.

Esto justamente es lo que termina otorgando un aspecto distintivo al derecho administrativo, porque se concibe como un régimen jurídico regido por reglas «derogatorias del derecho común»<sup>14</sup>. En este aspecto es preciso detenerse, porque en principio es una nota característica de esta rama del derecho: crear reglas, facultades y formas de actuación paralelas al privado, pero con notas distintivas que contradicen la naturaleza de las mismas. Así, si las del derecho civil se caracterizaban por la igualdad entre las personas, el administrativo se distingue por el desequilibrio entre las actuaciones del Estado y los particulares.

El derecho civil tiene como concepto fundamental el acto jurídico, mientras que en el administrativo aparece el homónimo. Con independencia de si se considera que este es una especie de aquel –discusión irrelevante para este punto–, es cierto que ambos se presentan regularmente al interior de un régimen distinto, y que tienen características que los diferencian sustancialmente. Por ejemplo, los actos civiles o comerciales no tienen las características de legalidad y ejecutoriedad propias del acto administrativo.

La diferencia fue estrictamente marcada, y quizá por eso es un aspecto sistemáticamente ignorado por la doctrina más clásica, pues no tenía sentido preguntarse por actos administrativo en relaciones comerciales o civiles, porque no ocurría. Es imposible encontrar un particular que profiera actos administrativos en ejercicio de una actividad mercantil, o a la Administración –para clarificar aun más un órgano de la rama ejecutiva– que expida un acto mercantil en ejercicio de la función administrativa. Son premisas absolutamente contradictorias.

Como en principio las relaciones eran tan diferentes, los particulares solo ejercían actividad privada y la Administración función administrativa, no era necesario cuestionarse sobre esto. Como se mencionó la situación se complejiza con las crisis del derecho administrativo. Actividades que eran connaturales dejaron de serlo, el servicio público dejó de equipararse, y los particulares empezaron a ejercer las actividades típicas del Estado, y las entidades incursionaron en actividades de mercado.

---

<sup>13</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. Compendio de derecho administrativo. Vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 58.

<sup>14</sup> RIVERO, Jean. Páginas de derecho administrativo. Bogotá: Temis, 2003. p. 28.

La ruptura del paradigma complejizó la teoría y la capacidad de definir ciertas actuaciones. Por ejemplo, fue sencillo admitir que un particular en ejercicio de función administrativa puede expedir actos administrativos. Sin embargo, cuando se presenta el caso de una entidad estatal que actúa en ejercicio de función administrativa y se rige por derecho privado, actualmente, se cuestiona la posibilidad de que sus actos sean administrativos. Sin duda, esto pone a prueba la relación que parecía inescindible entre el acto y su propio régimen, civil o administrativo.

Sin duda esas situaciones del derecho colombiano dificultan hasta la misma concepción del derecho administrativo. En este punto es fácil resistirse a ambas ideas: *i)* que actuando con el sujeto y la actividad especial no se expida un acto administrativo –cuando esas eran las condiciones para que existiera, según las concepciones doctrinales– y *ii)* que haciéndolo con fundamento en el Código de Comercio o Civil se profieran actos administrativos, incluso difuminando el concepto de competencia –elemento de validez del acto–, con sus características esenciales.

Aunque teóricamente se expone la problemática, las afirmaciones son imprecisas. Las entidades que se rigen por derecho privado, y de las que se cuestiona si expiden actos administrativos –dejando de lado la pregunta por la función que ejercen–, no aplican este de forma pura y simple. Todas estas actividades tienen que aplicar, aunque sea reductos de derecho público. La Constitución política no distingue en la aplicación del principio de legalidad para sus órganos, y tampoco de principios de la gestión fiscal para sus recursos. Tampoco de la función administrativa, cuando efectivamente se ejerce.

En esa medida, aunque a las entidades se les permita aplicar derecho privado, este siempre se complementa o integra con varias normas de derecho administrativo que convierten al régimen en algo especial. Es preciso no ignorar este aspecto, porque matiza la dificultad inicial. No es posible pensar que simplemente esas autoridades expidan actos administrativos con fundamento en normativa privada, sino basados en un régimen especial, con matices importantes de derecho administrativos, principalmente en cuanto a la competencia y la publicidad.

## **1.2. Posición de la doctrina administrativista acerca de la incidencia del régimen jurídico aplicable**

Aunque existe una aparente omisión doctrinal sobre la incidencia del régimen jurídico en el concepto de acto administrativos, algunos autores se refieren puntualmente al tema, aunque no dentro de sus definiciones, y ciertamente sin demasiada profundidad. Sayagués Laso, al referirse a la clasificación de los actos

de imperio y actos de gestión –distinción común en la teoría del siglo pasado–, señala que la doctrina moderna niega la distinción, y como una de las razones, afirma que el problema requiere otro enfoque, centrado en el régimen jurídico, así que cuando al acto lo regula el derecho público es administrativo, pero cuando es el derecho privado, adquiere esta misma naturaleza<sup>15</sup>.

Sobre este aspecto, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández explican que, en el derecho español, el concepto de acto administrativo, en sentido amplio, supone la existencia de un acto jurídico expedido por la Administración y sometido al derecho administrativo. Los autores aseguran que esa concepción excluye directamente a esos actos que no están sometidos a ese régimen, ejemplificando aquellos de derecho privado, procesal, laboral o constitucional<sup>16</sup>. Sin embargo, aseguran que esa perspectiva se desestimó por la doctrina y la legislación, inclinándose por una noción estricta, donde se excluyen los reglamentos y los actos contractuales, además se independiza de la coacción administrativa –eliminando las ejecuciones–<sup>17</sup>.

Los autores explican que la restringida es la noción más coherente con la regulación de ese momento, pero no explican si también mantiene los elementos de la dimensión amplia, concretamente, la necesidad de que se someta al derecho administrativo. Ahora, al proponer su propia noción, aunque no incluye este elemento –el régimen jurídico–, asegura delimitaron el concepto a partir de la teoría del acto jurídico en su aplicación al derecho administrativo, eliminando varios aspectos, entre ellos, los sometidos a otros ordenamientos<sup>18</sup>.

Aunque en su noción el elemento del régimen no está explícito, y tampoco es distintivo, parece que lo consideran como un presupuesto esencial, es decir, un aspecto que no requiere incluirse en la acepción porque es la premisa inicial. En ese orden de ideas, se entiende que para los autores es imprescindible que estos actos solamente se originan en aplicación del derecho administrativo, porque si es cualquier otra se transforman en procesales, laborales o privados.

Si bien estos autores coinciden en la necesidad de que el derecho administrativo sea el régimen aplicable, esta posición no es unívoca. Dromi, aunque tampoco incluye este elemento en el concepto propuesto –en esto sí se coincide–, al profundizar el análisis de sus efectos jurídicos cuestiona si serán públicos o privados. Explica que son preminentemente públicos, pero asegura que

---

<sup>15</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria, 1988. p. 397.

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 757.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid. p. 759.

el derecho privado aplica a elementos puntuales del acto, pero únicamente por excepción<sup>19</sup>.

Continúa explicando que el derecho privado es aplicable a las entidades limitadamente, porque es invariable la aplicación de derecho público en lo relativo a la competencia, la voluntad y la forma. Finalmente, concluye que: «El acto no deja de ser administrativo porque sus efectos excepcionalmente puedan estar comprendidos en el marco del Derecho privado»<sup>20</sup>. La posición del autor parece clara pero admite un cuestionamiento, porque expresamente él se refiere a «efectos» comprendidos en derecho privado, pero es relevante indagar si la respuesta es la misma cuando lo regulado por este régimen es el fundamento para la expedición.

Marienhoff también parece referirse al tema. Luego de analizar los elementos del acto administrativo cuestiona la normativa que los rige y las normas aplicables. Asegura que, como regla general, se requiere aplicar las normas administrativas específicas, es decir, aquellas reglas especiales del derecho administrativo. En ausencia de ellas, asegura que proceden los principios generales derivados del derecho administrativo, pero que si no existen, entonces, es posible recurrir al derecho privado<sup>21</sup>.

Las afirmaciones del autor parecen significar que se decanta porque la naturaleza del acto permanece inmutable ante el régimen jurídico aplicable. Sin embargo, nuevamente, esa interpretación admite dudas. Marienhoff acepta las normas de derecho privado ante vacíos normativos en las reglas especiales, pero no especifica su postura cuando el legislador decide aplicar integralmente aquel. No es el mismo caso, porque ahí subyace una contradicción con las ideas del autor, no sería posible aplicar reglas de derecho administrativo, pero no por inexistencia y sino por decisión legislativa.

Finalmente, quien adopta una postura clara es el profesor Marín Cortes. La premisa inicial es que el régimen jurídico aplicable no incide en la definición de acto administrativo, partiendo de que ese elemento no es un requisito de su definición –como tampoco en la propuesta por los otros autores–, y considera que el acto administrativo se configura cuando concurren los elementos expuestos en su noción<sup>22</sup>.

Hasta aquí las posiciones doctrinales son contradictorias –como en casi todos los temas del derecho administrativo–, e incluso, en ocasiones, poco claras. En todo caso, no es común encontrar el régimen como requisito o exigencia dentro de las definiciones. Sin embargo, esto varía sustancialmente en el derecho alemán.

---

<sup>19</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 22.

<sup>20</sup> Ibid. p. 23.

<sup>21</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Op. cit., p. 103.

<sup>22</sup> MARÍN CORTÉS, Fabian. Op. cit., p. 53.



En este ordenamiento, a diferencia de la mayoría de casos, se positivizó la noción, concretamente, el parágrafo 35 de la VwVfG dispone que: «Acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho Público, con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros)»<sup>23</sup>.

Bocanegra Sierra comenta la disposición, y explica que esa noción se basa en cinco elementos distintivos. Inicia destacando el carácter «regulador» del contenido, continúa explicando que requiere la producción de efectos externos, además deberán expedirse por la Administración pública y en razón a una potestad diferente a la reglamentaria, y finalmente, se profieren en ejercicio del derecho administrativo<sup>24</sup>.

Sobre este último aspecto asegura que la definición legal, cuando se refiere a «medidas de autoridad», permite que se distingan los actos administrativos de aquellas actuaciones regidas por derecho privado, o de otras ramas del derecho público<sup>25</sup>. Posteriormente el autor se refiere al concepto *amplio*, e inicia refiriéndose a la concepción de García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, retomando la definición que ya se presentó, y que asegura que esos actos están sometidos a derecho administrativo<sup>26</sup>.

Cuando el autor destaca los elementos esenciales del concepto *amplio* no incluye el régimen jurídico –estos serían: declaración unilateral, procedente de una Administración, en ejercicio de una potestad administrativa diferente a la reglamentaria–, por lo cual no se aprecia si verdaderamente se construye al margen de este, no variando la naturaleza si se rigen por derecho privado.

## **2. Naturaleza del acto administrativo a partir del régimen jurídico aplicable: posición jurisprudencial**

Como la mayoría de los temas, la posición de la jurisprudencia sobre la naturaleza de los actos administrativos es variable. El análisis de la posición del Consejo de Estado parte de la ausencia de regulación en la noción de este concepto, porque a diferencia del caso alemán, donde todo lo clarifica el legislador, aquí existe un vacío absoluto, que se suple a partir de la doctrina y la jurisprudencia.

En principio el Consejo de Estado no cuestionó de forma reflexiva si el régimen jurídico aplicable incide en la naturaleza de las actuaciones administrativas. Existen escenarios específicos donde el asunto adquiere mayor

---

<sup>23</sup> Traducción tomada de: BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Lecciones sobre el acto administrativo. 3 ed. Navarra: Thompson Civitas, 2006. p. 33.

<sup>24</sup> Ibid. pp. 34 a 41.

<sup>25</sup> Ibid. p. 41.

<sup>26</sup> Ibid. p. 43.

relevancia, justamente porque el derecho positivo excluyó la aplicación del régimen público de las actuaciones de algunas entidades estatales, como es el caso de los servicios públicos y, específicamente, la excepción de varias entidades del régimen general de contratación.

Durante un período significativo, la Corporación admitió que entidades exceptuadas profirieran actos administrativos. Basta identificar que el medio de control en que se tramitaron todos esos procesos fueron la nulidad y restablecimiento del derecho o controversias contractuales, según corresponda. Sin embargo, existen providencias donde explícitamente lo afirma.

En una sentencia del 25 de abril de 2005, la Sección Tercera analiza un acto administrativo expedido por una universidad durante la actuación contractual, regido por el derecho privado. En esa oportunidad, examina la naturaleza jurídica del documento donde elige al contratista, definiendo que independientemente de la denominación y el régimen jurídico aplicable: es un acto administrativo<sup>27</sup>.

En otra providencia, donde se juzga la legalidad de un manual interno de contratación expedido por una empresa de servicios públicos –quien rige sus actos por derecho privado– en el medio de control de nulidad simple, el Consejo de Estado revisa la naturaleza del documento. Concluye que reúne los elementos distintivos del acto administrativo, porque constituye una manifestación de voluntad de la Administración, que contiene actos de conducta obligatorios<sup>28</sup>. A partir de esto concluye que son verdaderos actos administrativos, y explica que en ocasiones esas empresas requieren aplicar normas de derecho administrativo y tramitar procedimientos administrativos<sup>29</sup>.

Como estas es posible identificar más providencias. Aunque la postura era uniforme y pacífica, en el 2020 se presentó una ruptura de la tesis, y justamente se profirió una sentencia de unificación jurisprudencial que la modificó sustancialmente. La Corporación expresó que, conforme al principio de legalidad, las entidades estatales no están autorizadas para expedir actos administrativos sin habilitación legal expresa, en caso contrario, serían actuaciones al margen del ordenamiento<sup>30</sup>.

Según esa premisa, la Sección Tercera afirma que la empresa de servicios públicos no estaba habilitada, ni constitucional ni legalmente, para expedir actos administrativos en ejercicio de la actividad precontractual. Por esa razón, concluye

---

<sup>27</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 25 de abril de 2005. Exp. 14.519. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>28</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de marzo de 2011. Exp. 37.423, CP. Jaime Orlando Santofimio

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Exp. 42.003. C.P. Alberto Montaña Plata.

que el acto de «aceptación de oferta» no es un acto administrativo, sino una decisión regida por derecho privado<sup>31</sup>. Concretamente, deciden unificar la posición, en el siguiente sentido:

«- 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.

»- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.

»[...]»<sup>32</sup>.

La posición jurisprudencial, y más aún, las razones expuestas por el Consejo de Estado resultan abiertamente inconsistentes. No por la posición adoptada, sino por la sustentación, o la ausencia de esta. La providencia no se detiene a identificar los elementos necesarios para que una decisión de la Administración se realice en un acto administrativo. Por el contrario, se limita a afirmar que simplemente no lo es.

Una razón potencial pudo basarse en la ausencia de la función administrativa. Con esto no se adopta posición sobre la naturaleza de la prestación del servicio público; sin embargo, se recuerda que un sector de la jurisprudencia, especialmente la constitucional, niega que sea administrativa. Esa sería una razón muy consistente con la doctrina internacional para sustentar y concluir que esas decisiones no son actos administrativos, porque les faltaría un elemento fundamental para la mayoría de las nociones. No obstante, esta no es la línea teórica de la Corporación.

La providencia simplemente se centra en el régimen jurídico, sin sustento adicional. Como se evidenció al principio del ensayo, esta posición, inicial no se entiende como irracional o infundada. Por el contrario, aquí se considera que el acto administrativo es una manifestación típica, no solo de la función administrativa, sino también del derecho administrativo, en una relación intrínseca con el régimen. Sin embargo, se reconoce la dificultad de la afirmación frente a la evolución misma de este derecho especial, que ha perdido elementos que lo definían, y adquirió nuevos aspectos que lo matizan. Afirmar lo contrario es negarse a la mutabilidad del derecho –en este caso de una rama especial– y su concepción.

---

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

Dejando de lado este aspecto, que evidencia la necesidad de encontrar también lo definitorio del régimen, se advierte que el ejercicio de esas actividades excluidas de aplicar derecho administrativo no está completamente exento de normas publicistas. En eso sí se difiere abiertamente del Consejo de Estado. Es claro que la Constitución le impuso a los órganos del Estado, a todos ellos sin excepción, la obligación de actuar conforme a una norma preexistente –principio de legalidad–, es decir, a hacerlo con competencia. Por esta razón, no es posible entender que su actividad es igual a la del particular.

Aunque el legislador le permita aplicar normas civiles o comerciales, o incluso de organizaciones internacionales, es la Constitución quien le impone tener una habilitación. Nada impide encontrarla en disposiciones de naturaleza diferente al derecho público, y especialmente administrativo. Lo importante es la autorización previa de la norma. Lo contrario, que parece ser lo insinuado por la Corporación, supondría una transgresión a la normativa constitucional. Así que sería una norma del derecho civil, comercial o internacional la que facultaría a la entidad a actuar, y por lo tanto a expedir el acto.

En todo caso se considera que la situación debería resolverse concluyendo si el acto tiene al régimen como elemento constitutivo. La doctrina administrativista considera en mayor medida que no, pues no lo integra en la definición, aunque complejice el entendimiento refiriéndose a él después. Sin embargo, de esto debe depender la cuestión, porque, adoptando el método propuesto por el profesor Marín, identificar si una decisión es o no acto administrativo requiere contrastarlo con la definición y verificar si se ajusta<sup>33</sup>.

Para finalizar se resalta otro aspecto. Un hecho que al parecer es fácil de admitir es la adopción de esa noción en el derecho alemán, donde, se recuerda, la legislación definió que el concepto de acto depende del régimen jurídico –del derecho administrativo–. Si bien es cierto que no tenemos una norma equiparable, sí una fuente del derecho que afirma lo mismo, estemos en mayor o menor medida de acuerdo con las razones.

La citada sentencia tiene la característica de unificar la jurisprudencia, convirtiéndose en precedente vinculante. Sin duda, esto supone la obligatoriedad de lo decidido, por la naturaleza de esa fuente. Así lo sostiene Díaz Díez cuando explica que el CPACA consagra el deber de los jueces de respetar los precedentes del Consejo de Estado; además, la obligación de las entidades de resolver los asuntos análogos de forma similar<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> MARÍN CORTÉS, Fabián. Op. cit., 53.

<sup>34</sup> DÍAZ DÍEZ, El precedente en el derecho administrativo. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez R Ltda, 2016, p. 157.

En esa medida, no se trata de una tesis aislada o una consideración sin mayor efecto; por el contrario, es un enunciado normativo, con efectos jurídicos precisos. Por esa razón es necesario cuestionarse si no estamos en el mismo caso que el ordenamiento jurídico alemán: con un enunciado normativo que resuelva la problemática, para supuesto unificado. Esta concepción condicionaría las construcciones teóricas, debiendo adecuarlas, siendo necesario eliminar la aplicación simple de lo que doctrinalmente se entiende como acto administrativo.

Esa perspectiva es definitivamente problemática, y altera las innumerables construcciones doctrinales. Podría simplemente resistirse a ella y negar, desde las teorías más clásicas, nacionales y extranjeras –estas aun válidas–, que el régimen jurídico se integra como un elemento de la noción del acto administrativo. Sin embargo, cómo obviar la similitud actual, guardadas las proporciones, con el caso alemán, y por qué en ese contexto es más sencillo aceptar una noción particular para un ordenamiento, y no transversal a toda una teoría general.

## **Bibliografía**

### ***Doctrina***

BALBÍN, Carlos F. Manual de derecho administrativo. Buenos Aires: La Ley, 2015.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Lecciones sobre el acto administrativo. 3 ed. Navarra: Thompson Civitas, 2006.

DÍAZ DÍEZ, El precedente en el derecho administrativo. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez R Ltda, 2016, 265. p.

DROMI, José Roberto. El acto administrativo. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985. 299 p.

ESCOLA, Héctor Jorge. Compendio de derecho administrativo. Vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 20ª ed. Madrid: Civitas, 2022. 1160 p.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1988.

MARÍN CORTÉS, Fabian. Concepto de acto administrativo. Texto inédito. CEDA. p. 7.

MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. 325 p.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración. En: revista de Administración Pública, No. 84. Septiembre-diciembre de 1977.

RIVERO, Jean. Páginas de derecho administrativo. Bogotá: Temis, 2003.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria, 1988.

SOTO KLOSS, Eduardo. ¿Existe un derecho administrativo inglés? En: revista de Administración Pública, No. 70. 1973, 113 a 184 p.

ZANOBINI, Guido. Curso de derecho administrativo. Parte General. Santiago de Chile: Olejnik, 2020. 282 p.

### ***Jurisprudencia***

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 25 de abril de 2005. Exp. 14.519. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

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

