

EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO EN EL NUEVO CODIGO

Dr. Alvaro Tafur Galvis
Rector del
Colegio Mayor
Nuestra Señora del Rosario

Es para mí especialmente grato concurrir esta tarde a esta reunión porque ello me permite compartir con ustedes algunas inquietudes de carácter académico, pero ante todo me ha permitido una aproximación a este claustro universitario que por convicción, por ideales y por modo de ser, es tan cercano al COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO. Agradezco muy de veras la acogida tan sincera que me dispensa el claustro a través de su Rector, el admirado Monseñor Eugenio Restrepo Uribe.

Atendiendo la asignación hecha por los organizadores de este curso me ocuparé del tema como se ha denominado: "Del Acto Administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo".

Se trata de intentar una aproximación de conjunto a la teoría del Acto Administrativo conforme al tratamiento hecho en el Código recientemente expedido y en vigencia. El Código Contencioso Administrativo de 1984, como es sabido, ha tratado de poner al día la teoría y la práctica de las instituciones del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal Administrativo. Institución capital del Derecho Administrativo es evidentemente el Acto Administrativo. La teoría del Acto Administrativo con la teoría del sujeto del Derecho Administrativo, son los ejes de todo el engranaje institucional de esas disciplinas.

Ese intento de puesta al día de la teoría del Acto Administrativo en nuestro Código nuevo, ciertamente en algunos aspectos tuvo pleno éxito, en otros deberá reconocerse que se incurrió en algunas confusiones; que quizás se desestimó la línea jurisprudencial y doctrinaria que de tiempo atrás había venido marcando muy certera y severamente la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano.

En otro ámbito, es cierto también que el Código Contencioso Administrativo ha seguido la legislación extranjera más reciente o la ha tenido presente por lo menos, en la materia específica de los procedimientos administrativos y del control de la actividad administrativa. En ese sentido aparece marcada la cercanía y la influencia de la legislación venezolana sobre procedimiento administrativo, hay inclusive, como lo han indicado los mismos autores o quienes participaron en la Comisión y luego en el trabajo interno de redacción, una cercanía muy estrecha con la legislación venezolana. También se encuentra influencia de la legislación costarricense de 1980, la venezolana es de 1981, y un poco más allá, de la española y de la italiana. No hay, curiosamente, influencia aparente de la legislación francesa que tradicionalmente había influido en la conformación de la jurisprudencia sobre todo y de la doctrina en nuestro Derecho Administrativo y en los aspectos del Derecho Procesal Administrativo.

También debe señalarse que el Código, como corresponde al imperativo de toda norma jurídica y en este ámbito de las relaciones entre el Estado y los asociados aparece con evidente necesidad, intenta también aproximarse más al punto de equilibrio entre los administrados y la administración. En este sentido puede señalarse que el Código clarificó, afianzó, instituciones e instrumentos de protección jurídica de los administrados que se echaban de menos en la organización de nuestra justicia administrativa y de la actividad administrativa en general. En ese

sentido la existencia o la previsión de un procedimiento administrativo con el estricto significado que a estos términos se reconoce, es decir, de un conjunto de principios y de normas que encaucen toda la actuación administrativa dirigida a la producción de los actos administrativos. Procedimiento que comporte la participación previa a la expedición del Acto Administrativo de los interesados, el seguimiento de un proceso en el sentido cabal.

Esto es un avance como seguramente en este mismo curso se ha puesto de presente. Entre nosotros el Procedimiento Administrativo comenzaba cuando normalmente termina y debe terminar. Comenzaba con la notificación de los actos, de las decisiones de la administración sin que hubiera estado precedida esa expedición o ese acto final de notificación, de una intervención, de una participación efectiva, desde el punto de vista jurídico, de los administrados. Allí hay un avance notable.

Igualmente lo es el establecimiento, como señalaré un poco más adelante, de la obligación de motivar los actos administrativos que era otra ausencia que se notaba en esa reglamentación de la actividad administrativa. Los particulares en ocasiones no podían, de manera efectiva, impugnar los actos de la administración porque no sabían los motivos reales que impulsaron esa decisión administrativa. La misma administración en su conjunto estaba imposibilitada de controlar la actuación de los funcionarios determinados porque no había un seguimiento de ese proceso de formación de la voluntad administrativa.

Finalmente debe indicarse como aspecto positivo en este tema que me ha correspondido, el haber logrado una mayor precisión en la regulación de los efectos de los actos administrativos. En efecto, se ha distinguido ya en el Código de manera expresa entre la ejecutividad y la ejecutoriedad del Acto Administrativo; también se señala aquel atributo de la firmeza del acto como elementos que permiten medir de una manera más apropiada los efectos que está llamado a producir el Acto Administrativo.

Un defecto general en este tema del Acto Administrativo puede consistir en el intento de definir, de conceptualizar, esta labor es más propia de la Jurisprudencia y de la Doctrina que del Legislador; cuando el Legislador la asume, se corren graves riesgos y al final puede resultar que se hizo un esfuerzo inconveniente e inútil como veremos en algunos puntos específicos de esta exposición.

Enfrentaré los siguientes aspectos específicos: En primer lugar, el criterio informador del Código Contencioso Administrativo en cuanto al tratamiento y regulación de la función administrativa y del Acto Administrativo. En segundo lugar, la noción misma del Acto Administrativo que puede deducirse del contexto del Código. En tercer término, las condiciones o requisitos de validez de los Actos Administrativos. Como cuarto aspecto, las condiciones de eficacia. Quinto, lo relativo a la extinción del Acto Administrativo y por último intentaré la presentación sobre las clasificaciones del Acto Administrativo, en las cuales enfatiza el nuevo Código.

El primer aspecto, relativo al criterio informador del Código en cuanto al tratamiento de la función administrativa y del acto administrativo. Como es sabido, tradicionalmente en el Derecho Colombiano el criterio que se ha considerado como principal para la determinación de las funciones y calificación de las funciones del Estado y de los actos a través de los cuales se exteriorizan esas funciones ha sido el criterio orgánico que tiene en cuenta la naturaleza del órgano que cumple la función y de allí deriva una calificación y un tratamiento especial para esa función y para los actos jurídicos de cumplimiento de la misma.

Sin embargo, es cierto también que poco a poco y como criterio complementario se fue aceptando el criterio material que tiene en cuenta, como sabemos, ya no el órgano que cumple la función y expide un acto determinado sino que trata de identificar una naturaleza y unas características propias de esa función: Función legislativa, función administrativa, función gubernamental (se pudo identificar a través de la aplicación de este criterio material) y finalmente la función jurisdiccional.

Sin embargo, las aplicaciones de este criterio material eran, repito, aplicaciones complementarias, el criterio principal ha sido el criterio orgánico. En este punto de enfoque, el Código Contencioso Administrativo consagra una innovación de gran importancia que a mi juicio modifica el criterio tradicional porque acepta que los particulares y otros órganos de estado, distintos de la administración pública del Estado, puedan ejercer funciones administrativas y de manera general sujeta a sus previsiones a todos los órganos, autoridades y entidades que ejerzan la función administrativa sin tener en cuenta su entronque orgánico mismo.

Entonces ya no podrá decirse como antes, que el Acto Administrativo es el acto jurídico de la Administración Pública, noción ésta que evidentemente se quedaba corta ante la realidad de nuestra organización jurídica. Hoy será más propio señalar que el Acto Administrativo es el acto jurídico de ejercicio de la función administrativa. Función administrativa que puede ser ejercida directamente por el Estado o también directamente en ocasiones por los particulares y que puede ser ejercida dentro del Estado, no exclusivamente por los órganos administrativos sino por todo el conjunto de organismos, de autoridades, así estén integrados ellos en otras ramas del poder público.

El ejercicio de funciones administrativas por las personas jurídicas privadas es tema de especial complejidad, que entre nosotros apenas empieza a tomar desarrollo y significativamente, a raíz de la consagración general que hace el código de esa posibilidad, tendrá un apropiado desarrollo. Por ello quiero que, así sea brevemente, revisemos un poco cuáles son los contornos de esa participación de las entidades privadas en el ejercicio de funciones administrativas propiamente dichas. Este tema del ejercicio de funciones administrativas hace parte indudablemente de uno más general que es el ejercicio o la participación de entidades privadas, de personas jurídicas privadas, en el ámbito de la satisfacción de necesidades generales de los asociados. Entonces aparecen las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro las cuales buscan, por voluntad de un fundador o por voluntad de unos miembros constituyentes, una finalidad de interés general. Finalidad de interés

general cuya consecución está indudablemente en el ámbito general de la actuación del Estado. Pero aquí se trata de una interacción más particular, en el ámbito propio de la actuación del Estado los particulares asumen funciones que de ordinario corresponde cumplir al Estado.

Sabemos que el Estado es el titular y el sujeto natural de las funciones administrativas, entendidas como aquella actividad permanente encaminada a la satisfacción de las necesidades generales comunes a todos los asociados. Pero se acepta, cada día de manera más amplia y creciente, que bajo condiciones especiales, los particulares y específicamente algunas personas jurídicas privadas, puedan ejercer funciones administrativas. Esa participación directa de los entes privados en el ejercicio de las funciones administrativas del Estado se ha señalado, por algunos sectores de la Doctrina, como modalidad de la descentralización administrativa; así, se habla de la descentralización por colaboración, a partir sobre todo de enunciación hecha por el tratadista mejicano Gabino Fraga. También se trata de asimilar ese fenómeno de la participación directa de las entidades privadas en el ejercicio de funciones administrativas, al fenómeno de la delegación de funciones. En este caso se piensa que la persona jurídica privada toma la posición de un órgano que recibe un conjunto de funciones mediante delegación. No obstante la tendencia moderna más afianzada se inclina a entender que en estos casos se trata de una colaboración por vía de participación directa en el ejercicio de funciones administrativas, diferente de la descentralización que presupone siempre la existencia de personas jurídicas públicas y de la delegación que presupone siempre la presencia de órganos sin personalidad jurídica.

También hay que recordar que la aceptación doctrinaria del ejercicio de funciones administrativas por entes privados ha sido precedida de un proceso evolutivo que ha implicado a diferentes categorías del derecho administrativo, como las nociones básicas de servicio público y de establecimiento público.

En el Derecho Colombiano también se ha reconocido desde tiempo atrás esa posibilidad de acción directa de las personas jurídicas privadas. Así, se señala como ejemplo de esa intervención en el ejercicio de funciones administrativas los casos de las Cámaras de Comercio en cuanto ejercen funciones de certificación pública o de la Federación Nacional de Cafeteros que desarrolla una actividad de recaudo y administración de recursos provenientes de impuestos.

También cabría señalar en ese orden las actividades a cargo de las Cajas de Compensación Familiar en cuanto, por mandato legal, recaudan y redistribuyen prestaciones sociales obligatorias.

En fin, también se trae como ejemplo de este fenómeno el cumplimiento de funciones de dirección por parte de personas jurídicas privadas en ciertos niveles de organización del sistema de salud, como sucede con las llamadas Unidades Regionales, que pueden ser desempeñadas por entidades hospitalarias jurídicamente organizadas como personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Quiero hacer la aclaración que he sostenido, como lo he hecho en algunas pu-

blicaciones, que las Cámaras de Comercio dentro de la organización jurídica colombiana, teniendo en cuenta sus elementos característicos desde su organización inicial y luego de acuerdo con la regulación que de ellas se contienen en el Código de Comercio, no son realmente, a mi juicio, personas jurídicas privadas. Se trata de unas personas jurídicas públicas de naturaleza especial, evidentemente no son establecimientos públicos, pero no pueden, con propiedad, calificarse como personas privadas. Por eso yo hago la salvedad cuando se trae como ejemplo de ejercicio de funciones administrativas por personas privadas el de las Cámaras de Comercio. Quienes así piensan, parten de la hipótesis de que se trata de personas privadas, equivocadamente a mi modo de ver.

La participación de las personas privadas en el ejercicio de funciones administrativas presupone una habilitación por parte del Estado. Habilitación que se configura generalmente a través de un conjunto de actos. Comporta un acto unilateral, mediante el cual el Estado decide atribuir el ejercicio de la función administrativa con los deberes y potestades inherentes a ese ejercicio y un acto convencional, en el cual la persona jurídica privada acepta dicha atribución y en el cual se conviene, se acuerdan, las condiciones conforme a las cuales se ha de cumplir el ejercicio de las funciones administrativas.

Es necesario que existan estos actos porque el Estado no puede de manera unilateral imponer a las entidades privadas actividades que no fueron tenidas en cuenta por sus fundadores; igualmente, los particulares en ejercicio de su autonomía es evidente que no pueden abarcar el ejercicio o el cumplimiento de las actividades propias del Estado. Entonces, será en todo caso necesario ese acto del estado de atribución y será necesario también ese acto de aceptación.

Se ha planteado por algunos que tratándose de instituciones de utilidad común que están destinadas por sus fundadores a la consecución de finalidades de interés público estricto, podría el Estado unilateralmente, sin afectar la proyección de esa voluntad del fundador, atribuir la función administrativa y tendría como buen efecto el de fortalecer a la entidad privada, a la institución de utilidad común, para el adecuado cumplimiento de sus actividades propias de acuerdo con la voluntad de fundador.

El régimen jurídico aplicable a esas personas jurídicas que ejercen funciones administrativas, en principio es el régimen de derecho privado. No obstante, en ocasiones la ley puede señalar la necesidad de modificaciones en la organización que permitan una ingerencia de las autoridades estatales en la marcha de la misma persona jurídica privada, pero el régimen general es el común, previsto en el derecho privado y particularmente en el Código Civil.

En cambio el régimen específico de la actividad encaminada al ejercicio de la función administrativa que atribuye el Estado, si es un régimen propio y típico del derecho público. Régimen típico que se afianza con la expedición del Código Contencioso Administrativo. Porque, como seguramente los profesores que tuvieron a su cargo las conferencias iniciales señalaron, los actos que se cumplen en el ejercicio de las funciones administrativas por las personas privadas son cabales

actos administrativos y para su producción las personas jurídicas privadas habilitadas para el ejercicio de funciones administrativas, están sujetas a todas las reglas de los procedimientos administrativos previstos en el Código, a las reglas de la llamada "Vía Gubernativa" y también a los principios y preceptos propios del control jurisdiccional sobre los actos administrativos.

Hay entonces en ese caso, una aplicación integral del derecho público a la actividad que cumplen esas personas jurídicas privadas, habilitadas para ejercer la función administrativa del Estado.

Ahora veamos la noción de Acto Administrativo que se puede establecer del texto y del contexto del Código Contencioso Administrativo. El artículo 83 incurre en la tentación que mencionaba inicialmente de dar conceptos, de definir. Allí se enuncia una definición de acto administrativo indicando que son actos administrativos las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia. Son hechos administrativos, sigue el artículo, 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. Las llamadas operaciones administrativas y vías de hecho se considerarán en adelante y para todos los efectos actos administrativos.

Sabemos 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 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 expresada en el ordenamiento jurídico.

A esa decisión en cuanto exteriorización de la voluntad de la administración, entendida como ese proceso de aplicación del ordenamiento jurídico, se ha opuesto (1) en el acto jurídico y el hecho jurídico en la teoría general del derecho.

(1) Tradicionalmente el hecho administrativo, en los mismos términos en que se opone. . .

La operación administrativa, concepto elaborado por la Jurisprudencia francesa que había sido recogido por el Consejo de Estado colombiano, se refiere a aquellos actos materiales de ejecución de la decisión contenida en el acto administrativo; y la vía de hecho también dentro de la doctrina del derecho administrativo y dentro de las aplicaciones que sobre el particular había hecho el Consejo de Estado, tiene una connotación específica: la vía de hecho es la negación del acto administrativo. El acto administrativo es la expresión de una conducta legítimamente establecida, en cambio la vía de hecho se considera como aquella expresión flagrante, ilícita, abusiva, de un poder del Estado o de las funciones de un funcionario determinado.

Sin embargo, quizás con la finalidad de abarcar mediante el control judicial to-

das las manifestaciones de la acción administrativa, el Código asimila estas nociones de la operación administrativa y de la vía de hecho al acto administrativo. Realmente es una de las impropiedades más graves que desde el punto de vista conceptual y seguramente desde el punto de vista práctico se ha cometido en el Código Contencioso Administrativo.

Hay la esperanza, como en algún curso similar a éste realizado en Bogotá expresaba un Consejero de Estado, que desde el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, no desechen toda esa labor jurisprudencial lograda a través de dedicada tarea de configuración de nociones, que ha ido permitiendo el esclarecimiento de las actividades del Estado y sobre todo la tipificación de modalidades para esa acción estatal. Para lograr el control de las manifestaciones de la actuación estatal, evidentemente no era necesario forzar los conceptos como lo hizo el Código al asimilar estas nociones, sobre todo la de vía de hecho al acto administrativo.

En otro sentido debe señalarse que el Código amplía también el concepto de acto administrativo al abarcar dentro de él a "los conceptos y circulares que la administración quiera aplicar de modo general, así como los actos de certificación y registro cuyo control no ha sido atribuido a otra jurisdicción", tal como prevee el artículo 84 al regular la acción de nulidad.

Se consideraba tradicionalmente que los conceptos en cuanto sólo contenían una apreciación, un juicio no obligatorio sobre la aplicación o el entendimiento de una disposición, pues no constituían acto administrativo.

Las circulares sólo cuando rebasan la esfera interna de la administración, se consideraban actos administrativos, en cuanto afectaran intereses de terceros. Los actos de certificación y Registro sí se habían reconocido anteriormente como actos administrativos.

Ahora dice el artículo que los conceptos y las circulares son impugnables ante el juez administrativo cuando o siempre que la administración quiera aplicarlos de modo general. Al aplicarlos de modo general adquieren indudablemente carácter obligatorio, dejan de ser conceptos en el sentido que generalmente se le reconoce, porque ya tienen ese factor de obligatoriedad, ya entrañan en ellos una decisión que rebasa la esfera interna de la Administración y es oponible a todos.

El tercer aspecto que mencionaba es el relativo a las condiciones o requisitos de validez de los actos administrativos, los cuales dicen relación con aquellos elementos necesarios para que un acto jurídico dado pueda calificarse como acto administrativo. Si esos elementos no concurren en relación con un acto jurídico (1) sujeto al Derecho Civil, al Derecho Comercial, al Derecho Privado en general o se tratará de un acto de cualquier naturaleza menos de un acto administrativo.

(1) Determinado pues se tratará de un acto jurídico. . .

Esos elementos generalmente aceptados son: el sujeto, el objeto, la finalidad y la forma que son específicos del acto administrativo.

El sujeto, ya vimos, puede ser el Estado y dentro del Estado cualquier órgano; pueden ser entidades privadas pero en cada supuesto de esos es necesario que el órgano, la autoridad, la persona jurídica que expide el acto administrativo sea precisamente aquella que de conformidad con el ordenamiento jurídico estaba llamada a expedirlo. Es decir, sea la persona, el órgano o la autoridad competente. La competencia como medida de la titularidad de la función administrativa. Asimismo el objeto. 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 privadas.

La finalidad del acto administrativo es también un elemento típico porque esa finalidad está señalada específicamente en el ordenamiento jurídico. Así, en el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo se prevee o se dispone que los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Esa es la finalidad genérica a la cual debe encaminarse el acto administrativo y esos cometidos constituyen el contorno máximo de la actuación administrativa, del ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos funcionarios.

La forma, en cuanto elemento o condición de validez del acto administrativo, podemos señalar se proyecta en tres aspectos en cuanto a las formalidades procedimentales. El primero hace referencia a los trámites previos a la expedición del acto administrativo. Toda la regulación nueva del Código Contencioso Administrativo en la parte primera titulada “de los procedimientos administrativos”, significa, constituye el conjunto de formalidades que deben observar los funcionarios, los titulares o agentes de la función administrativa del Estado para la expedición del acto administrativo propiamente tal.

Allí se señala que el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto tiene unos requisitos para su iniciación, según sea una iniciación de oficio por la administración o según se trate de actuaciones administrativas iniciadas a petición de los administrados o en virtud de una petición presentada a la administración o a quien ejerce la función administrativa o en fin, según se inicie con ocasión del cumplimiento de deberes legales que se le imponen a los administrados. Dentro de esas formalidades procedimentales está la audiencia del interesado, las comunicaciones a eventuales afectados con el acto administrativo que resuelva la actuación.

Una segunda proyección de la forma de los actos administrativos está constituida por la motivación. Todo acto administrativo como todo acto jurídico responde a unos motivos, pero este requisito de la motivación se refiere a la necesidad de

que esos motivos que fueron tenidos en cuenta por el funcionario para la expedición del acto administrativo se exterioricen en el acto, en el documento que contiene el acto administrativo. En este sentido, como mencionaba inicialmente, hay que señalar el avance que significa el Código Contencioso Administrativo, porque anteriormente no había una orientación clara y general sobre este aspecto trascendental para la defensa de los intereses del administrado y de la administración.

Algunos entendían que el principio aplicable era el de la no obligación de motivar los actos administrativos, que sólo era necesario exteriorizar esos motivos cuando una ley así lo señalara expresamente, cuando diferentes normas administrativas prevén que mediante resolución motivada, entonces se decía sólo en esos casos, en los demás no hay necesidad de motivar. Sin embargo también en la medida en que en ocasiones la ley exoneraba explícitamente de la obligación de motivar, podría uno concluir que el principio general aplicable era el de la obligatoriedad de la motivación y la excepción, la no exteriorización de los motivos. El Consejo de Estado jurisprudencialmente llegó a afirmar que por principio todos los actos administrativos, salvo los de trámite, debían ser motivados, pero para ello acudía a una aplicación analógica.

Esta controversia doctrinaria se zanjó, a mi juicio, en el Código Contencioso Administrativo recién expedido, toda vez que en el artículo 35, al regular el contenido de las decisiones que ponen fin al procedimiento administrativo y a la actuación administrativa, se señala que la decisión será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares, es decir, si se trata de actos que regulan situaciones individuales subjetivas específicas, habrá necesidad de la motivación así sea sumaria.

Se excluyen de esa obligación únicamente los actos de contenido general que no afecten de manera específica a un particular o grupo de particulares.

Igualmente en el artículo 36 se resolvió la duda que existía también en cuanto a los llamados actos discrecionales, aquellos casos en los cuales la administración tiene una opción entre varias, puede optar por tomar una decisión u otra entre varias posibles y legítimas, a diferencia de la llamada facultad reglada, caso en el cual la administración debe tomar la decisión que de acuerdo con el ordenamiento jurídico es la única posible y la legítima frente a una determinada situación o un determinado supuesto de hecho o de derecho. Se dice en el artículo 36 que en la medida en que el contenido de una decisión sea discrecional, general o particular, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. La única forma de saber si en ese caso específico se da la adecuación y la proporcionalidad será mediante un juicio que exteriorice el proceso de formación de la voluntad administrativa. Habrá entonces que señalar y demostrar que hubo proporcionalidad, que hubo esa adecuación a los fines.

Igualmente en el artículo 59, en la regulación relativa a la decisión que resuelve los recursos administrativos de la llamada vía gubernativa, se señala también que concluido el término para practicar pruebas y sin necesidad de auto que así lo

declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta decisión se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho y en los de conveniencia si es del caso. Aquí ya no bastará entonces esa motivación sumaria. Habrá que fundamentar todos los diferentes aspectos tenidos en cuenta para la decisión, sean ellos de hecho o de derecho e inclusive, como dice el artículo, aquellos de conveniencia.

Entonces parece claro que a partir del Código Contencioso Administrativo, por principio, las decisiones administrativas deberán ser motivadas salvo excepciones que pueda establecer la ley y esa motivación será más o menos amplia según se trate de la decisión que pone fin a la vía gubernativa y a toda la actuación ante la administración, o según se trate de la decisión inicial de la administración sujeta a los recursos de la vía gubernativa.

Finalmente, la forma del acto administrativo también se proyecta en cuanto a la expedición y comunicación misma del acto.

Diferentes normas señalan las solemnidades que debe reunir el documento mismo contentivo del acto administrativo. Así en el mismo código, como antes se disponía en el Decreto 2733 de 1959, se señala la forma como ha de comunicarse la decisión administrativa, mediante la notificación, si se trata de actos que afectan a particulares, es decir, de actos de carácter subjetivos, o mediante la publicación si se trata de actos de contenido general.

La ausencia de cualquiera de estos requisitos o elementos de validez del acto acarrea su nulidad. Así se prevee en el artículo 84 el cual consagra la llamada acción de nulidad, que ésta procede cuando los actos infrinjan las normas a las que deberían estar sujetos, es el principio de legalidad o de legitimidad.

También cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes (el aspecto del sujeto) o en forma irregular o falsamente motivados o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere.

Entonces, en cuanto al objeto del acto, aparece afectado cuando se infrinja el ordenamiento jurídico a que debía estar sujeto el acto administrativo. En cuanto al sujeto, la parte de la incompetencia; en cuanto a la forma, la irregularidad o irregularidades en que se incurra o la motivación falsa, y en cuanto a la finalidad aparece esa causal de desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación. Vemos como cada elemento, cada condición de validez del acto administrativo está refrendada con una norma que señala que su ausencia puede dar lugar a la anulación del acto administrativo por los jueces administrativos.

Las condiciones de eficacia de los actos administrativos es el punto cuarto. El acto administrativo una vez expedido se dice es un acto válido, en cuanto es un acto perfecto en sus elementos configurativos, en cuanto reúne todas las condiciones de validez. Pero no necesariamente por esa sola circunstancia es un acto eficaz, lo es en cuanto produzca los efectos que está llamado a producir por virtud del ordenamiento jurídico. Para que el acto sea eficaz es necesario que respecto de él

pueda predicarse la obligatoriedad, la oponibilidad a terceros y a la propia administración. Para ello es necesario que el acto se exteriorice en la forma prevista en la ley.

Ya dijimos, hay una forma prevista y precisa para la comunicación del acto administrativo. Cumplido este requisito sí cabe hablar de la obligatoriedad del acto y de su oponibilidad, antes el acto es válido pero no eficaz.

Por ello, en el capítulo de las notificaciones hay una norma que señala que cuando no se llenan los requisitos de la notificación no se tendrá por hecha, ni producirá efectos legales la decisión a menos que la parte interesada dándose por suficientemente enterada convenga en ella o utilicen en tiempo los recursos legales. (artículo 48).

Tradicionalmente en la Doctrina se han distinguido distintos atributos del acto administrativo, ellos son precisamente la obligatoriedad, la ejecutividad y la ejecutoriedad. En el código se señalan como tales elementos o condiciones de eficacia o atributos propios del acto administrativo en cuanto a sus efectos, la firmeza del acto, la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo.

Se ha criticado la utilización de esta nomenclatura sobre todo en el caso de la firmeza del acto que permite calificar algunos actos como firmes y otros como no firmes, quizá hubiera sido preferible hablar del acto obligatorio o del acto estable de la estabilidad del acto administrativo, o de la inmutabilidad del acto administrativo o de la irrevocabilidad del acto administrativo como atributo de ciertos actos administrativos que no pueden ser modificados ya por la administración y que deben ser observados en todo caso por los administrados. Sin embargo se acoge esa calificación de la firmeza del acto administrativo. Así, el artículo 62 señala que los actos administrativos quedarán en firme cuando contra ellos no proceda ningún recurso.

El artículo 49 señala que no habrá recurso contra los actos de carácter general. En cambio contra los actos de contenido particular subjetivo, que afecte a los particulares, sí proceden los recursos. Tampoco, de acuerdo con este artículo 49, proceden los recursos contra los actos de trámite o preparatorios o de ejecución, excepto en los casos previstos por norma expresa. También el acto se considera firme cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. En tercer término cuando no se interpongan recursos o cuando se renuncie expresamente a ellos, y en cuarto lugar, cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.

Sobre la perención trata el artículo 52, al regular los requisitos de los recursos administrativos Este artículo prevee que sólo los abogados en ejercicio podrían ser apoderados, si el recurrente obra como agente oficioso deberá acreditar esa misma calidad de abogado en ejercicio y ofrecer prestar la caución que se le señala para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de los tres meses. Si no hay ratificación ocurrirá la perención. En rela-

ción con el desistimiento, el artículo 54 señala que de los recursos podrá desistirse en las condiciones del artículo 13 del Código y referidos a ese artículo 13 encontramos cuando se entiende que el peticionario ha desistido de su solicitud, para que el desistimiento configure la firmeza del acto será necesario, por supuesto, que se refiera al desistimiento de los recursos contra la decisión.

Como se aprecia, estos casos de supuestos de firmeza de los actos administrativos se refieren a la estabilidad del acto, el acto que ya no es susceptible de debate ante la administración es un acto estable, es un acto que se convierte en irrevocable para la administración, en intocable, en intangible para ella y por supuesto para los administrados y por ello se predica en ese acto la plena obligatoriedad.

No existía previsión general sobre la ejecutoriedad del acto administrativo si bien siempre en la doctrina se ha considerado que además del privilegio de la llamada decisión previa, en virtud de la cual la administración no requiere acudir al juez para que declare un derecho a su favor, también se reconocía el llamado privilegio de ejecución de oficio el cual significa que no requiere la administración de un proceso de ejecución ante un juez sino que ella misma puede ejecutar de inmediato los actos necesarios para el cumplimiento de la decisión adoptada.

En el artículo 64 se llena este vacío normativo general. Todos los actos administrativos son ejecutivos en el sentido de que puede la administración poner los actos necesarios para su cumplimiento. Se dice que el acto es ejecutorio, o esa nota de la ejecutoriedad se da, cuando la administración puede ejecutar el acto contra la voluntad de los interesados, de quienes están obligados a la observancia del acto. No había tampoco una regulación por vía general sobre este aspecto. Ahora se contiene y se señala que esa ejecutoriedad se proyecta en dos sentidos o en dos supuestos mejor, según la decisión contenida en el acto sólo pueda ejecutarse por un administrado determinado, o según que se pueda ejecutar por otros pero por cuenta del administrado obligado. Hay obligaciones de hacer que corresponden a sujetos determinados. En ese caso la ejecutoriedad del acto administrativo como atributo principal de ese acto jurídico autoriza para que se impongan multas sucesivas al administrado renuente a cumplir con su obligación cuando éste se resista a cumplirla. Cada multa a las cuales deben concederle plazo razonable, dice el artículo 65, puede llegar hasta un millón de pesos.

En el segundo inciso se prevee que si fuere posible que la administración o un agente suyo ejecuten los actos que le corresponden al particular, lo harán a costa de éste si continuare en rebeldía. Por ejemplo, una orden de demolición entonces la puede hacer la administración directamente o puede contratar a un tercero y en tal caso entonces los costos de esa ejecución del acto estarán a cargo del obligado a esa conducta.

En el artículo 66 se preveen unos supuestos de la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos. Se dice que salvo norma expresa en contrario, los actos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción pero que perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: Existe el acto pero no es ejecutivo ni ejecutorio cuando por ejemplo se decreta la suspensión provisional

por el Juez Administrativo. Cuando, dice el artículo 66, al cabo de 5 años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le corresponda para ejecutarlos. Igualmente se señalan otras dos causales de la pérdida de la fuerza ejecutoria la primera, cuando desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho, y la segunda, cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentra sometido el acto.

Pero ciertamente esas dos últimas causales, más que pérdida de la fuerza ejecutoria del acto son causales de extinción del acto mismo. Quizá habrá otro supuesto que señala el artículo 38 en cuanto a la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones que dice: "Ella caduca a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas". Sería otro supuesto de pérdida de la fuerza ejecutoria del acto.

El tratamiento que hace el Código Contencioso Administrativo de la extinción del acto, reitera el tratamiento de la legislación anterior. Se prevee que el acto puede extinguirse mediante revocación. Revocación como resultante del ejercicio de los recursos de la vía gubernativa o revocación como resultante de esa figura especialísima de la revocatoria directa. También se prevee lo relativo a la anulación del acto administrativo por los jueces administrativos que es otro mecanismo, otra forma de extinción y quizás esta nueva: de la condición resolutoria a que se encuentra sometido el acto.

Se ha criticado esta previsión por cuanto se dice: Sólo es propio de los actos jurídicos privados estar sujetos a la condición resolutoria, no de los actos administrativos que están llamados a regir y a ser obligatorios hacia el futuro. Sin embargo, quizás no debe olvidarse que el acto administrativo es en la base y en su fondo un acto jurídico y las condiciones que pueden afectar a los actos jurídicos en general puede predicarse igualmente de los actos administrativos.

Esta previsión de la condición resolutoria sería también una novedad dentro del Código en relación con el tratamiento dado en la legislación anterior.

Vamos a referirnos a la clasificación de los actos administrativos para ver en su conjunto la proyección del conjunto del tratamiento del acto administrativo en el Código. En ese sentido se reiteran las clasificaciones posibles.

Según el ámbito de aplicación del acto, que permite distinguir actos nacionales y actos locales; según el ámbito de competencia de la autoridad que expide el acto: Autoridades nacionales, autoridades regionales, autoridades locales. En cuanto a los sujetos participantes en el acto se distinguen los actos unilaterales de los bilaterales, lo cual adquiere o adquirirá con el Código una importancia adicional en orden a establecer las características de los llamados actos separables. El Consejo de Estado colombiano, siguiendo la jurisprudencia francesa, había identificado dentro del conjunto o dentro del contexto de las convenciones, de los contratos administrativos, ciertos actos que podían individualizarse e impugnarse (1) el

(1) Directamente ante el juez administrativo, sin necesidad de impugnar. . .

contrato en su conjunto y esos actos estaban sometidos a la misma regla de impugnación de los actos propiamente unilaterales en los cuales no media una convención. El artículo 87 del Código, al regular las acciones relativas a los contratos, en la parte final, señala que los actos separables del contrato serán controlables por medio de otras acciones previstas en este Código.

Entonces aparecerá la necesidad de puntualizar las diferencias y las similitudes entre los actos unilaterales y los actos bilaterales para identificar apropiadamente del contexto contractual el acto separable que puede ser impugnado directamente. Se han aceptado en la jurisprudencia del Consejo de Estado como actos separables algunos actos previos a la celebración misma del contrato, pero que participan ya del carácter convencional porque a partir de ellos existe ya el acuerdo de voluntades que no se ha solemnizado. Es el caso del acto de adjudicación. También los hay posteriores a la celebración del contrato: La decisión sobre caducidad o sobre liquidación del contrato se han considerado como actos separables que pueden y deben demandarse por vía distinta del propio contrato.

Según su contenido se distinguen actos definitivos y actos de trámite. En diferentes disposiciones del Código se señalan los efectos, las consecuencias de esa distinción. El artículo 50 del Código en la parte final dice: "que son actos definitivos los que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directamente el fondo del asunto". Los de trámite son los que no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto. No obstante, para efectos de su impugnación, en ocasiones, algunos actos de trámite pueden estar sujetos a los recursos o a las acciones ante el Juez Administrativo, cuando hagan imposible la continuación de la actuación o del trámite.

También se distinguen actos expresos y actos tácitos, quizás en este punto hay una innovación a nivel normativo que trae el Código y sobre ella seguramente el profesor que tenía el tema del Silencio Administrativo les trató. En ocasiones la ley presume una decisión por la inactividad del funcionario administrativo. Si transcurre determinado plazo sin que venga esa decisión que es lo normal, y concluya así la actuación administrativa o la vía gubernativa en los términos del Código, entonces la ley, el ordenamiento jurídico, impone a esta conducta del funcionario una sanción que se proyecta jurídicamente en la presunción de decisión. Presunción que normalmente es negativa. Se entiende negada la petición, se entienden negados los recursos. Ocasionalmente, de acuerdo con leyes especiales puede ser positiva, es decir, que se entiende aceptada la petición. Se establecen unos trámites para la prueba de este efecto del silencio administrativo, para ese efecto positivo.

Sin embargo, debo hacer una aclaración, porque oí en Bogotá, de uno de los voceros autorizados que participaron en la expedición del Código, que se trata de entender que la norma que autoriza, tanto en la Ley 58, que es la ley de facultades, como en el Código, la aplicación del silencio positivo es una norma que autoriza a que disposiciones o previsiones especiales den al silencio efecto positivo. Entonces hay que entender, decía ese vocero autorizado, (era la secretaria jurídica de la Presidencia de la República) que a partir de la vigencia del Código Adminis-

trativo, por Decreto, por resolución, puede establecerse para cada repartición administrativa el efecto positivo del silencio. No lo creo así. Inclusive, consultada en una mesa redonda la opinión de los Consejeros de Estado, ellos piensan y parece lo correcto, que sólo la ley puede señalar efectos positivos o negativos a la no actuación de la administración.

Esto, además de las consecuencias jurídicas. Imagínense desde el punto de vista de la acción administrativa, los resultados nefastos que podría tener. Sería una forma de evitar en todo caso y a toda costa la decisión de los asuntos. Un funcionario muy recargado dice que el silencio administrativo para las peticiones ante este despacho produce efectos positivos. Entonces, todos beneficiándose de esa inacción. Por eso parece lo congruente que sólo la ley pueda fijar ese efecto.

En cuanto a consecuencias de esta distinción entre actos expresos y actos tácitos principalmente puede señalarse la relativa a los plazos y requisitos previstos para la impugnación de los actos expresos, tanto mediante los recursos de la vía gubernativa, como mediante las acciones ante la jurisdicción administrativa. En cambio por principio, los actos tácitos pueden impugnarse en cualquier momento. Así lo señalan el artículo 51 y el artículo 136 del Código respectivamente.

También se desarrolla la clasificación que permite distinguir los actos de contenido reglado y de contenido discrecional a que me referí, con efecto sobre todo en cuanto a la motivación, más amplia en uno que en otro caso.

Según los efectos, se distinguen actos administrativos de carácter general y actos administrativos de carácter particular o concreto. Las principales consecuencias que en el Código se extraen de esa clasificación, se refiere a la motivación de los actos, como ya dije, si el acto afecta a particulares deberá motivarse al menos en forma sumaria. En cuanto a la comunicación de los actos también hay consecuencias, si se trata de actos de carácter general deben publicarse y son obligatorios solamente a partir de su publicación. Si se trata de actos de carácter particular deben notificarse particularmente al interesado. En cuanto a su impugnación en la vía gubernativa ya señalé que contra los actos de carácter general no hay recursos en la vía gubernativa, en cambio contra los actos de carácter particular sí hay recursos.

En cuanto a la posibilidad de revocación directa, en el artículo 73 se señala que el acto que ha creado o modificado una situación de carácter particular y concreta, o reconocido un derecho de igual categoría, no puede ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Finalmente, en cuanto a las condiciones de admisibilidad de las acciones por la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, hay diferencia según se trate de actos de contenido general o de actos de contenido particular.

Por último, y si no fuera tan grave casi a un nivel anecdótico, diré que toda esta estructuración que se puede establecer dentro del articulado del Código fue borrada por el propio Código al reglamentar en el artículo 80 actos administrati-

vos de unas instituciones financieras, que realmente es una institución financiera. Ya hay demanda sobre este artículo, creo que fue la primera demanda que se presentó. Voy simplemente a leerlo para que apreciemos ese esfuerzo que he tratado de establecer que realmente constituyó el Código, pues aquí realmente se desbarata de un plumazo, dice: "Las instituciones con participación mayoritaria de capital público que actúen como ejecutoras directas de las normas y políticas monetarias, cambiarias y crediticias, desempeñando facultades de naturaleza única o diferentes a las que las leyes y reglamentos confieren a las demás instituciones del mismo género, se sujetarán a las siguientes reglas en los procedimientos relativos a aquellos actos que sean administrativos". Hay un decreto, tal vez, el Decreto 340 de 1980 que califica al Banco de la República como institución de naturaleza única, sigue el artículo: "Las citaciones a terceros, las notificaciones y las publicaciones, se surtirán mediante comunicaciones con las formalidades y por los medios consagrados por la costumbre. La motivación de tales actos consistirá en la cita de las normas aplicables. Los actos serán de ejecución inmediata y los recursos se concederán en el efecto devolutivo". La norma general es que los recursos se concedan en el efecto suspensivo. "se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones sin requisitos ni términos especiales". Y finalmente, se señala que la inspección y vigilancia sobre todos los aspectos de estos procedimientos y sobre las conductas de las personas que los realizan corresponderán al Superintendente Bancario".

Resulta que los aspectos de estos procedimientos pues son todos los reguladores de la producción del acto administrativo, que afectarán la validez del acto administrativo. Validez que de acuerdo con la ley, con la propia constitución, sólo puede juzgar el juez administrativo. Entonces aquí se evade ese control del juez administrativo y se le atribuye a un funcionario administrativo, como es el Superintendente Bancario".